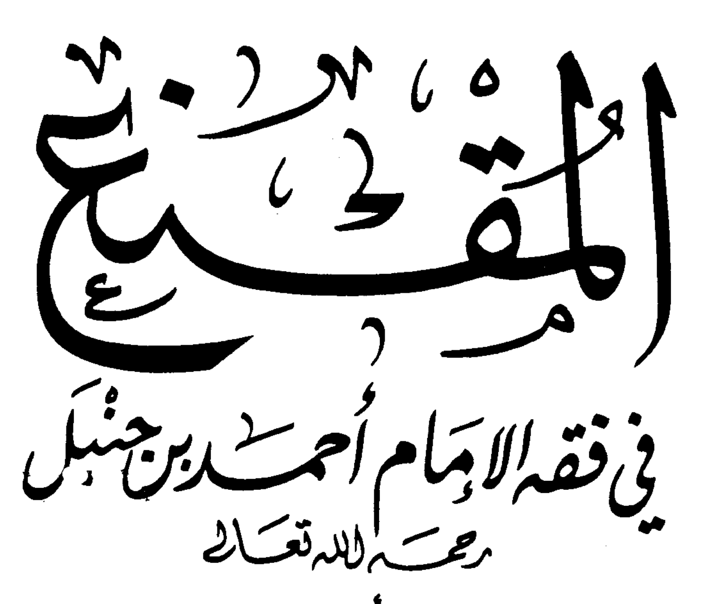


في فقه الإمام أحمد بن حنبل

رحمه الله تعالى

تأليف

شيخ الإسلام موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة المقدسي

المتوفى ٦٢٠ هـ

وعليه

المطلع على أبواب المقنع

للشيخ أبي عبد الله محمد بن أبي الفتح البعلي الحنبلي المتوفى ٧٠٩ هـ

تحقيق

محمد حسن محمد حسن إسماعيل

الجزء الثاني

يحتوي على الكتب والأبواب التالية:

تنبيه:

جعلنا متن "المقنع" في أعلى الصفحات، يليه كتاب "المطلع" يليه التحقيق والحاشية




المقنع
في فقه الإمام أحمد بن حنبل
رحمه الله تعالى

Title: AL-MUQNIʿ
(in Hanbali Jurisprudence)

Author: Muwaffaq-Al-Dīn Ibn Qudāmah Al-Maqdisi

Editor: Muḥammad Ḥasan Ismaʿīl

Publisher: Dar Al-kotob Al-Ilmiyah

Pages: 1950 (3 volumes)

Year: 2005

Printed in: Lebanon

Edition: 1st

الكتاب: المقنع
(في فقه الإمام أحمد بن حنبل)

المؤلف: موفق الدين ابن قدامة المقدسي

المحقق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل

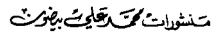
الناشر: دار الكتب العلميـــة ـ بيروت

عدد الصفحات: 1950(٣ مجلدات)

سنة الطباعة: 2005 م

بلد الطباعة: لبنـــان


ISBN 2-7451-3853-7
9 782745 138538 90000





دار الكتب العلمية بيروت لبنان

الطبعـة الأولى
٢٠٠٥ م ـ ١٤٢٦ هـ

منشورات محمد علي بيضون
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

Mohamad Ali Baydoun Publications Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah

الإدارة : رمـل الظريف، شــارع البحتري، بنايــة ملكـارت
Ramel Al-Zarif, Bohtory Str., Melkart Bldg., 1st Floor
هاتف وفـاكس: ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦٦١٣٥ (١ ٩٦١)

فـــرع عرمـــون، القبــــة، مبـــــنى دار الكتب العلميــــة
Aramoun Branch - Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
هاتف:١٢ / ١١ / ٨٠٤٨١٠ ٥ ٩٦١+
فـاكس: ٨٠٤٨١٣ ٥ ٩٦١+
ص.ب: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان
رياض الصلح - بيروت ٢٢٩٠ ١١٠٧

http://www.al-ilmiyah.com
e-mail: sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com
baydoun@al-ilmiyah.com

بسم الله الرحمن الرحيم

باب السلم[1]

وهو نوع من البيع يصح بلفظه وبلفظ السلم والسلف، ولا يصح إلا بشروط سبعة: أحدها: أن يكون فيما يمكن ضبط صفاته كالمكيل والموزون[2] والمزروع فأما المعدود والمختلف كالحيوان والفواكه والبقول والجلود والرءوس ونحوها ففيه روايتان [3]

باب السلم

قال الأزهري: السلم، والسلف واحد، يقال: سلم وأسلم، وسلف وأسلف، بمعنى واحد، هذا قول جميع أهل اللغة، إلا أن السلف: يكون قرضا أيضا[4].

وحده في الشرع: عقد على موصوف في الذمة، مؤجل بثمن مقبوض في مجلس العقد[5].

---

(١) السلم في الشرع هو أن يسلم عينا حاضرة في عوض موصوف في الذمة إلى أجل، والإجماع على جوازه ذكره ابن المنذر، وسنده الكتاب وهو آية الدين، قال ابن عباس رضي الله عنهما أشهد أن السلف المضمون إلى أجل قد أحله الله تعالى في كتابه وأذن فيه ثم قرأ الآية رواه سعيد، والسنة فروى ابن عباس رضي الله عنهما: أن النبي ﷺ قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين فقال من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم. متفق عليه. المبدع (٤/١٧٠-١٧١).

على قوله: «إلا بشروط سبعة» أي زائدة على شروط البيع. المبدع (٤/١٧١).

على قوله: «كالمكيل» أي من حبوب وثمار وخل ودهن ونحوها. المبدع (٤/١٧١).

(٢) قوله: «والموزون» أي كالقطن والإبريسم والصوف والنحاس والطيب والأدهان والخلول، وعنه لا يصح في المزروع. انظر المبدع (٤/١٧١-١٧٢).

(٣) قوله: «فأما المعدود إلخ» إحداهما يصح السلم في الحيوان وهو الصحيح من المذهب آدميا كان أو غيره وهو قول جماعة من الصحابة وتابعيهم لحديث أبي رافع: أن النبي ﷺ استسلف من رجل بكرا، رواه مسلم. والثانية لا يصح السلم فيه وجزم به في الوجيز. روي عن عمر أنه قال: إن من الربا أبوابا لا تخفى، وإن منها السلم في السن ولأنه يختلف اختلافا متباينا ولا يمكن ضبطه. المبدع (٤/١٧٢).

فوائد: منها يصح السلم في اللحم النيئ بلا نزاع، ولا يعتبر نزع عظمه لأنه كالنوى في التمر، لكن يعتبر قوله بقر أو غنم ضأن أو معز أنثى أو جذع ذكر أو أنثى خصى أو غيره رضيع أو فطيم معلوفة أو راعية من الفخذ أو الجنب، نقله الجماعة سمين أو هزيل، ومنها يصح السلم في الشحم جزم به في الفروع، قيل لأحمد رحمه الله تعالى إنه يختلف قال كل سلف يختلف، وأما الفواكه والبقول فأطلق المصنف فيها روايتين والمذهب لا يصح، ومنها لا يصح السلم في اللحم المطبوخ والمشوي على الصحيح من المذهب. الإنصاف للمرداوي (٥/٧٣-٧٤).

على قوله: «والجلود إلخ» إحداهما لا يصح وهو المذهب. الإنصاف (٥/٧٤).

(٤) انظر الصحاح (٥/١٩٥٢)، لسان العرب (٣/٢٠٧٩).

(٥) انظر المغني لموفق الدين (٤/٣١٢)، كشاف القناع للبهوتي (٣/٢٨٨-٢٨٩).

وفي الأواني المختلفة الرءوس والأوساط كالقماقم والأسطال[1] الضيقة الرءوس وما يجمع أخلاطا متميزة كالثياب المنسوجة من نوعين وجهان، ولا يصح فيما لا ينضبط[2] كالجواهر كلها[3] والحوامل من ....

«**كالقماقم، والأسطال**» القماقم: واحدها: قمقم بضم القافين: ما يسخن فيه الماء من نحاس، ويكون ضيق الرأس.

وقال الجوهري: القمقمة معروفة[4].

قال الأصمعي: وهو رومي، والأسطال: واحدها: سطل، قال ابن عباد وهي طُسَيْسَة صغيرة، وجمعه سطول.

وقال غيره: هي على هيئة التور له عروة.

قال الجوهري: ويقال: السيطل.

قلت: ويقال: صطل، بالصاد على لغة بني العنبر، فإنهم يقلبون السين صادًا قبل الطاء، والقاف، والغين، والخاء المعجمتين، وقد نظمت ذلك في بيتين وهما:

السين تقلب صادا قبل أربعة　　　الطاء والقاف ثم الغين والخاء

إلى بني العنبر المذكور نسبته　　　كالسطل والسابع التسخير إسقاء

«**يجمع أخلاطًا**» واحدها: خلط، بكسر الخاء عن الجوهري، أي: مختلط.

---

(١) قوله: «كالأسطال والقماقم» المذهب لا يصح لأن الصفات لا تأتي عليها. المبدع (١٧٣/٤).
على قوله: «كالثياب المنسوجة من نوعين» أي كالقطن والكتان والقطن والإبريسم.

(٢) قوله: «ولا يصح فيما لا ينضبط» لا يصح السلم فيما لا ينضبط بالصفة كالجواهر من اللؤلؤ والياقوت والزبرجد والصورج والبلور لأن أثمانها تختلف اختلافا متباينا بالصغر والكبر وحسن التدوير وزيادة ضوئها وصفائها، ولا يمكن تقديرها بشيء بغير ذلك، وهذا قول الشافعي وأصحاب الرأي، وحكي عن مالك صحة السلم فيها إذا اشترط منها شيء معلوم إن كان وزنا فبوزن والصحيح الأول لما ذكرنا. انظر المبدع (١٧٤/٤).

(٣) قوله: «كالجواهر كلها» هذا المذهب، ونقل أبو داود: السلم فيه لا بأس به. الإنصاف (٧٦/٥).

(٤) انظر: لسان العرب (٣٧٤٤/٥) (قمم).

الحيوان[1] والمغشوش من الأثمان وغيرها وما يجمع أخلاطا غير متميزة كالغالية والند والمعاجين، ويصح فيما يترك فيه شيء غير مقصود لمصلحته كالجبن والعجين وخل التمر والسكنجبين ونحوها.

فصل

الشرط الثاني: أن يصفه بما يختلف به الثمن ظاهرا[2] فيذكر جنسه ونوعه وقدره

«**كالغالية والند والسكنجبين**» الغالية: نوع من الطيب[3]، مركب من مسك وعنبر، وعود، ودهن، وهي معروفة عن ابن الأثير، وقال: يقال: أول من سماها بذلك: سليمان بن عبد الملك، تقول: منه تغليت بالغالية.

وأما «**الند**» بفتح النون، فهو الطيب المعروف، قيل: هو مخلوط من مسك وكافور، قال الجوهري، وابن فارس وغيرهما: ليس هو بعربي[4].

---

(١) قوله: «والحوامل إلخ» أي لا يصح السلم فيها على الصحيح من المذهب لأن الصفة لا تأتي على ذلك، والولد مجهول غير محقق، وفيه وجه آخر يصح لأن الحمل لا حكم له مع الأم بدليل البيع، ويصح إسلام عرض في عرض على الصحيح من المذهب وعليه أكثر الأصحاب، وعنه لا يجوز السلم إلا بعين أو ورق خاصة. الإنصاف (٥/٧٦)، المبدع (٤/١٧٤).

على قوله: «والمغشوش من الأثمان» فعلى هذا إن كانت خالصة صح السلم فيها ويكون رأس المال غيرها، ويصح السلم في فلوس ويكون رأس المال عرضا.

على قوله: «كالغالية والند والمعاجين» وهذا المذهب. المبدع (٤/١٧٤).

(٢) قوله: «الشرط الثاني أن يصفه إلخ» إنما اشترط ذلك لأن المسلم فيه عوض في الذمة فلا بد من العلم به كالثمن، ولأن العلم شرط في المبيع وطريقه الرؤية أو الصفة والرؤية متعذرة هاهنا فتعين الوصف، والأوصاف على ضربين: متفق على اشتراطها، ومختلف فيها، فالمتفق عليه ثلاثة أوصاف: الجنس، والنوع، والجودة والرداءة، فهذه لابد منها في كل مسلم فيه، وكذلك معرفة قدره، وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم، الضرب الثاني ما يختلف الثمن باختلافه غير هذه الأوصاف فينبغي أن يكون ذكرها شرطا قياسا على المتفق عليها وهذا مذهب الشافعي وقال أبو حنيفة يكفي ذكر الأوصاف الأول لأنها تشتمل على ما وراءها من الصفات. انظر الشرح الكبير (٢/٤٦٠).

على قوله: «الثاني أن يصفه بما يختلف إلخ» أي بغير خلاف نعلمه.

(٣) انظر: لسان العرب (٥/٣٢٩٢) (غلا).

(٤) وعزاه ابن منظور لابن دريد، انظر لسان العرب (٦/٤٣٨٢) (ندد).

وبلده وحداثته وقدمه وجودته ورداءته، وما لا يختلف به الثمن لا يحتاج إلى ذكره فإن شرط الأجود لم يصح[1]، وإن شرط الأردأ فعلى وجهين، وإذا جاءه بدون ما وصف أو نوع آخر فله أخذه ولا يلزمه[2] وإن جاءه بجنس آخر لم يجز له أخذه[3]، وإن جاءه بأجود منه من نوعه لزمه قبوله[4]، فإن قال خذه وزدني درهما لم يجز[5] وإن جاءه بزيادة في القدر فقال ذلك صح[6].

وأما «**السكنجبين**» فليس هو من كلام العرب، وهو معروف مركب من السكر، والخل، ونحوه.

«**وجودته**» الجودة بفتح الجيم وضمها: مصدر جاد يجود: إذا صار جيدًا.

«**وإن شرط الأردأ**» الأردأ: مهموزًا أفعل تفضيل من ردأ الشيء رداءة، فهو رديء.

---

(١) قوله: «فإن شرط الأجود لم يصح» أي لتعذر الوصول إليه إلا نادرًا إذ ما من جيد إلا ويحتمل أجود منه. المبدع (١٧٨/٤).

(٢) قوله: «وإذا جاءه بدون إلخ» أي لأن الحق له وقد رضى بدونه. المبدع (١٧٨/٤).

(٣) قوله: «وإن جاءه بجنس آخر إلخ» هذا المذهب؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره» رواه أبو داود وابن ماجه من رواية عطية العوفي وضعفه جماعة من حديث أبي سعيد ﷺ ، ونقل جماعة عن الإمام يأخذ أدنى كشعير عن بر بقدر كيله ولا يربح مرتين، واحتج بابن عباس وبأنه أقل من حقه وحمل على أنهما جنس واحد. المبدع (١٧٩/٤).

(٤) قوله: «وإن جاءه بأجود إلخ» في الأصح لأنه أتى بما تناوله العقد وزيادة منفعة وكشرطه، وظاهره ولو تضرر، والثاني لا لأنه غير ما أسلم فيه، وعنه يحرم قبوله. المبدع (١٧٩/٤).

على قوله: «وإن جاءه بأجود منه من نوعه» ولو قبل حلوله ولا ضرر عليه.

على قوله: «وإن قال خذه» أي جاءه بالأجود وقال خذه إلخ.

(٥) قوله: «إن قال خذه وزدني درهما لم يجز» أي لأن الجودة صفة فلا يجوز إفرادها بالعقد كما لو كان مكيلا أو موزونا. انظر المبدع (١٧٩/٤).

على قوله: «لم يجز» واختار شيخنا الجواز.

(٦) قوله: «وإن جاءه بزيادة إلخ» أي لأن الزيادة هنا يجوز إفرادها بالبيع وإذا قبض المسلم فيه فوجد به عيبا فله رده وإمساكه مع الأرش. المبدع (١٧٩/٤).

فصل

الثالث: أن يذكر قدره بالكيل في المكيل والوزن في الموزون والزرع في المزروع، فإن أسلم في المكيل وزنا وفي الموزون كيلا لم يصح[1] وعنه يصح، ولا بد أن يكون المكيال معلومًا، فإن شرط مكيلا لا بعينه أو صنجة بعينها غير معلومة لم يصح[2]، وفي المعدود المختلف غير الحيوان روايتان إحداهما يسلم فيه عددًا والأخرى وزنا، وقيل يسلم في الجوز والبيض عددًا وفي الفواكه والبقول وزنا[3].

«أو **صنجة**» الصنجة: صنجة الميزان معرب[4]، قال ابن السكيت: ولا تقل: سنجة، بالسين.

---

(١) قوله: «وإن أسلم في المكيل وزنا إلخ» فيه روايتان إحداهما لا يصح وهو المذهب لأنه مبيع بشرط معرفة قدره فلم يجز بيعه بغير ما هو مقدر به في الأصل فلم يجز كبيع الربويات بعضها ببعض، والثانية يجوز وهو قول الشافعي وابن المنذر، وقال مالك ذلك جائز إذا كان الناس يتعاملون بالتمر وزنا وهذا الصحيح إن شاء الله تعالى لأن الغرض معرفة قدره وإمكان تسليمه من غير تنازع فبأي قدر قدره جاز، وبفارق بيع الربويات فإن التماثل فيها بالكيل بالمكيل والوزن في الموزون شرط ولا يعلم هذا الشرط إذا قدرها بغير مقدارها الأصلي. الشرح الكبير (٢/٤٦٤).

(٢) قوله: «ولابد أن يكون المكيال معلوما إلخ» وكذا الميزان والذراع وهذا بلا نزاع فيه، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم في الطعام لا يجوز بقفيز لا يعرف عياره ولا في ثوب بذراع فلان لأن المعيار لو تلف أو مات فلان بطل السلم لكن لو عين مكيال رجل واحد أو ميزانه صح ولم يتعين على الصحيح من المذهب. الشرح الكبير (٢/٤٦٤).

(٣) قوله: «وفي المعدود إلخ» ما عدا المكيل والموزون والحيوان والزروع فعلى ضربين معدود وغيره، والمعدود نوعان: أحدهما لا يتباين كثيرا كالجوز والبيض فيسلم فيه عددًا في أظهر الروايتين وهو قول أبي حنيفة والأوزاعي النوع الثاني ما يتفاوت كالرمان والسفرجل والقثاء والخيار فحكمه حكم ما ليس معدودًا من البطيخ والبقول، وفيه وجهان: أحدهما يسلم فيه عددًا ويضبط بالصغر والكبر لأنه يباع هكذا، والثاني لا يسلم فيه إلا وزنا وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي لأنه لا يمكن تقديره بالعدد لأنه يختلف كثيرا ويتباين جدا ولا بالكيل لأنه يتجافى في المكيل، واعلم أن الصحيح من المذهب أن ما يتقارب يسلم فيه عددًا وما يتفاوت تفاوتا كثيرا يسلم فيه وزنا. انظر الشرح الكبير (٢/٤٦٤-٤٦٥).

(٤) ذكره ابن منظور، انظر لسان العرب (٤/٢٥٠٧) (صنج).

فصل

الرابع: أن يشترط أجلا معلوما له وقع في الثمن كالشهر ونحوه، فإن أسلم حالا أو إلى أجل قريب كاليوم ونحوه لم يصح[1] إلا أن يسلم في شيء يأخذ منه كل يوم أجزاء معلومة فيصح[2]، وإن أسلم في جنس إلى أجلين أو في جنسين إلى أجل صح[3] ولا بد أن يكون الأجل مقدرا بزمن معلوم، فإن أسلم إلى الحصاد أو الجذاذ أو شرط الخيار إليه فعلى روايتين[4]، وإذا جاءه بالسلم قبل محله

«**له وقع في الثمن**» أي: أثر في زيادته.

(١) قوله: «فإن أسلم حالا إلخ» وبهذا قال أبو حنيفة والأوزاعي، وقال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر يجوز السلم حالا لأنه عقد يصح مؤجلا فإذا جاز مؤجلا فحالا أجوز وأبعد من الغرر، واختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى إن كان في ملكه قال وهو المراد بقوله ﷺ لحكيم بن حزام: «لا تبع ما ليس عندك» أي ما ليس في ملكك فلو لم يجز السلم حالا لقال لا تبع هذا سواء كان عندك أم لا وتكلم على ما ليس عنده، ولنا قوله ﷺ : «من أسلف في شيء إلخ» فأمر بالأجل والأمر يقتضي الوجوب، ولأنه أمر بهذه الشروط تبيانا لشروط السلم ومنعا منه بدونها، وقال أصحاب أبي حنيفة لو قدره بنصف يوم جاز وقدره بعضهم بثلاثة أيام وهو قول الأوزاعي. الشرح الكبير (٢/٤٦٥).

على قوله: «لم يصح» وهو المذهب. الإنصاف (٥/٨٥).

(٢) قوله: «إلا أن يسلم إلخ» أي كاللحم والخبز ونحوهما فيصح هذا المذهب وبه قال مالك فعلى هذا إذا قبض البعض وتعذر الباقي رجع بقسطه من الثمن ولا يجعل للباقي فضلا عن المقبوض لأنه مبيع واحد متماثل الأجزاء فيقسط الثمن على أجزائه بالسوية كما اتفق أجله. المبدع (٤/١٨٢).

(٣) قوله: «فإن أسلم في جنس إلخ» إذا أسلم في جنس واحد إلى أجلين صح بشرط أن يبين قسط كل أجل وثمنه وهذا المذهب، وإن أسلم في جنسين إلى أجل صح أيضا بشرط أن يبين ثمن كل جنس وهو المذهب نص عليه، وعنه يصح وإن لم يبين، ويأتي هذا قريبا في كلام المصنف في آخر الفصل السادس انظر الإنصاف(٥/٨٦).

(٤) قوله: «فإن أسلم إلى الحصاد إلخ» إحداهما لا يصح وهو المذهب وبه قال ابن عباس رضي الله عنهما وأبو حنيفة والشافعي وابن المنذر، والثانية يجوز وبه قال مالك وأبو ثور، وعن ابن عمر رضي الله عنهما أنه يباع إلى العطاء وبه قال ابن أبي ليلى، وكذلك إن قال إلى قدوم الغزاة، وإذا اختلفا في قدر الأجل أو مضيه فالقول قول المدين مع يمينه في قدر الأجل على المذهب وكذا في مضيه على الصحيح. الشرح الكبير (٢/٤٦٧).

ولا ضرر في قبضه لزمه قبضه وإلا فلا[1].

فصل

الخامس: أن يكون المسلم فيه عام الوجود في محله[2]، فإن كان لا يوجد فيه أو لا يوجد إلا نادرًا كالسلم في العنب والرطب إلى غير وقته لم يصح، وإن أسلم في ثمرة بستان بعينه أو قرية صغيرة لم يصح[3] وإن أسلم إلى محل يوجد فيه عاما فانقطع خير بين الصبر وبين الفسخ والرجوع برأس ماله أو عوضه إن كان معدوما في أحد الوجهين[4]، وفي الآخر ينفسخ بنفس التعذر.

«**بستان بعينه**» البستان: فارسي معرب، قاله ابن الجواليقي.

---

(١) قوله: «وإذا جاءه بالسلم إلخ» هذا المذهب وحيث قلنا يلزمه قبضه وامتنع قيل له إما أن تقبض حقك أو تبرئ منه، فإن أبى رفع الأمر إلى الحاكم فيقبضه له، وكذا الحكم في كل دين لم يحل إذا أتى به قبل محله. المبدع (٤/١٨٤).

(٢) قوله: «أن يكون المسلم فيه إلخ» لا نعلم فيه خلافا لأنه إذا كان كذلك أمكن تسليمه عند الوجوب، وإذا لم يمكن عام الوجود لم يكن موجودًا عند المحل ظاهرا فلا يمكن تسليمه فلم يصح كبيع الآبق. المبدع (٤/١٨٥).

على قوله: «عام الوجود في محله» ولو لم يكن موجودًا حالة العقد.

(٣) قوله: «فإن أسلم في ثمرة إلخ» وكذا لو أسلم في مثل هذا الثوب وهذا المذهب لأنه لا يؤمن تلفه وانقطاعه، قال ابن المنذر إبطال المسلم إذا أسلم في ثمرة بستان بعينه كالإجماع من أهل العلم منهم الثوري ومالك والشافعي والأوزاعي وأصحاب الرأي، قال وروينا عن النبي ﷺ أنه أسلف إليه رجل من اليهود دنانير في تمر مسمى فقال اليهودي من تمر حائط بني فلان، فقال النبي ﷺ : «أما من حائط بني فلان فلا ولكن كيل مسمى إلى أجل مسمى» رواه ابن ماجه وغيره، وعنه يصح إن بدا صلاحه أو استحصد، وقاله أبو بكر في التنبيه إن أمن عليها الجائحة قال الزركشي وهو قول حسن إن لم يحصل إجماع. انظر الشرح الكبير (٢/٤٦٨).

(٤) قوله: «وإن أسلم إلى محل إلخ» اعلم أنه إذا تعذر كل المسلم فيه عند محله أو بعضه إما لغيبة المسلم فيه أو العجز عن التسليم أو لعدم حمل الثمار تلك السنة وما أشبهه فالصحيح من المذهب أنه مخير بين الصبر والفسخ في الكل أو البعض ويرجع بالثمن إن كان موجودًا أو بمثله إن كان مثليا وإلا قيمته وبذلك قال الشافعي وإسحاق وابن المنذر. الشرح الكبير (٢/٤٦٨-٤٦٩).

فصل

السادس: أن يقبض رأس المال في مجلس العقد[1]، وهل يشترط كونه معلوم الصفة والقدر كالمسلم فيه؟ على وجهين، فإن أسلم ثمنا واحدا في جنسين لم يجز حتى يبين كل جنس[2].

فصل

السابع: أن يسلم في الذمة، فإن أسلم في عين لم يصح[3]، ولا يشترط ذكر

---

(١) قوله: «السادس إلخ» أي فإن تفرقا قبل ذلك بطل وبذلك قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك يجوز أن يتأخر قبضه يومين أو ثلاثة وأكثر ما لم يكن ذلك شرطا لأنه معاوضة لا يخرج بتأخير قبضه من أن يكون سلما فأشبه تأخيره إلى آخر المجلس، ولنا أنه عقد معاوضة لا يجوز فيه شرط تأخير العوض المطلق فلا يجوز التفرق قبل القبض كالصرف. الشرح الكبير (٤٦٩/٢).

فوائد: لو قبض البعض ثم افترقا بطل فيما لم يقبض ولا يبطل فيما قبض على الصحيح من المذهب بناء على تفريق الصفقة، وعنه يبطل في الجميع. الإنصاف للمرداوي (٩١/٥).

الثانية: لو قبض رأس المال ثم افترقا فوجده معيبا فتارة يكون العقد قد وقع على عين وتارة يكون على مال في الذمة ثم قبضه فإن كان وقع على عين وقلنا النقود تتعين بالتعيين وكان العيب من غير جنسه بطل العقد، وإن قلنا لا تتعين فله البدل في مجلس الرد، وإن كان العيب من جنسه فله إمساكه وأخذ أرش عيبه أو رده وأخذ بدله في مجلس الرد، وإن كان العقد وقع على مال في الذمة فتارة يكون العيب من جنسه وتارة يكون من غير جنسه، فإن كان من جنسه لم يبطل السلم على الصحيح من المذهب وله البدل في مجلس الرد، وإن تفرقا قبله بطل العقد، وإن كان العيب من غير جنسه فسد العقد على الصحيح من المذهب. الإنصاف (٩٢/٥).

الثالثة: لو ظهر رأس مال السلم مستحقا بغصب أو غيره وهو معين وقلنا تتعين النقود بالتعيين لم يصح، وإن قلنا لا تتعين كان له البدل في مجلس الرد. الإنصاف (٩٢/٥).

الرابعة: إذا كان له في ذمة رجل دينار فجعله سلما في طعام لم يصح قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم. الشرح الكبير (٤٧٠/٢).

على قوله: «على وجهين» المذهب يشترط. الإنصاف (٩٣/٥).

(٢) قوله: «وإن أسلم ثمنا واحدا إلخ» هذا المذهب، وقال مالك يجوز، وللشافعي قولان كالمذهبين، ولنا أن ما يقابل كل واحد من الجنسين مجهول فلم يصح. الشرح الكبير (٤٧١/٢).

(٣) قوله: «السابع أن يسلم في الذمة إلخ» هذا المذهب لأنه ربما تلف قبل أوان تسليمه، وقال في الواضح إن كانت العين حاضرة صح ويكون بيعا بلفظ السلم فيقبض ثمنه =

مكان الإيفاء إلا أن يكون موضع العقد لا يمكن الوفاء[1] فيه كالبرية فيشترط ذكره ويكون الوفاء فيه مكان العقد[2]، وإن شرط الوفاء فيه كان تأكيدًا، وإن شرطه في غيره صح، وعنه لا يصح، ولا يصح بيع المسلم فيه قبل قبضه[3]

«**كالبرية**» قال الجوهري: البرية: الصحراء. والجمع: البراري، والبريت[4] بوزن فعليت: البرية أيضًا، فلما سكنت الياء، صارت الهاء تاء، كعفريت وعفرية، والجمع البراريت.

= فيه. المبدع (١٨٨/٤)، الإنصاف (٩٣/٥).

(١) قوله: «ولا يشترط إلخ» إذا كان موضع العقد يمكن الوفاء فيه لم يشترط ذكر مكان الإيفاء، ويكون الوفاء في موضع العقد على ما يأتي، وإن كان لا يمكن الوفاء فيه كالبرية والبحر ودار الحرب فالصحيح من المذهب أنه يشترط ذكر مكان الوفاء وعليه جماهير الأصحاب وجزم به في الكافي والمغني والشرح وغيرهم وقدمه في المحرر والفروع وغيرهم، وقال أبو حنيفة وبعض أصحاب الشافعي إن كان لحمله مؤنة وجب شرطه وإلا فلا. انظر الإنصاف (٩٤/٥)، المبدع (١٨٨/٤)، الشرح الكبير (٤٧٢/٢).

(٢) قوله: «ويكون الوفاء إلخ» وهذا المذهب وعنه لا يصح هذا الشرط. الإنصاف (٩٤/٥-٩٥).

فائدة: يجوز له أخذه في غير موضع العقد من غير شرط إن رضيا به لا مع أجرة حمله إليه. الإنصاف (٩٥/٥).

(٣) قوله: «ولا يجوز بيع المسلم فيه إلخ» هذا المذهب وقال في الشرح بغير خلاف علمناه لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام قبل قبضه وعن ربح ما لم يضمن، ولأنه مبيع لم يدخل في ضمانه فلم يجز بيعه كالطعام قبل قبضه، وفي المبهج وغيره رواية بأن بيعه يصح واختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى وقال هو قول ابن عباس رضي الله عنهما لكن يكون بقدر القيمة فقط لئلا يربح فيما لم يضمن قال وكذا ذكره أحمد رحمه الله تعالى في بدل القرض وغيره، فعلى المذهب في جواز بيع دين الكتابة ورأس مال السلم بعد الفسخ وجهان، أما رأس مال السلم فالصحيح من المذهب أنه لا يصح بيعه بعد الفسخ نص عليه وعليه أكثر الأصحاب، وأما بيع دين الكتابة فالصحيح من المذهب أنه لا يصح أيضا. الإنصاف (٩٥/٥)، الشرح الكبير (٤٧٣/٢).

(٤) انظر مختار الصحاح (١٩/١) (برى).

ولا هبته[1] ولا أخذ غيره مكانه[2] ولا الحوالة به[3]، ويجوز بيع الدين المستقر لمن هو في ذمته[4] بشرط أن يقبض عوضه في المجلس[5]، ولا يجوز لغيره، وتجوز

---

(١) قوله: «ولا هبته» ظاهره أنه سواء كان لمن هو في ذمته أو لغيره فإن كان لغير من هو في ذمته فالصحيح من المذهب أنه لا يصح وعنه يصح واختارها في الفائق وهو مقتضى اختيار الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى، وإن كان لمن هو في ذمته فالصحيح من المذهب صحة ذلك وعليه جماهير الأصحاب. الإنصاف (٩٦/٥).

(٢) قوله: «ولا أخذه غيره مكانه» هذا المذهب، قال في الشرح وذلك حرام سواء كان المسلم فيه موجودًا أو معدوما وسواء كان العوض مثل المسلم فيه في القيمة أو أقل أو أكثر وبه قال أبو حنيفة والشافعي، وقال مالك يجوز أن يأخذ غير المسلم فيه مكانه يتعجله ولا يؤخره إلا الطعام، قال ابن المنذر وقد ثبت أن ابن عباس رضي الله عنهما قال: إذا أسلم في شيء إلى أجل فإن أخذت ما أسلفت فيه وإلا فخذ عوضًا أنقص منه ولا تربح مرتين، رواه سعيد، ولنا قوله ﷺ : «من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره» رواه أبو داود وابن ماجه، ولأن أخذ العوض عن المسلم فيه بيع له فلم يجز كبيعه لغيره. الإنصاف (٩٦/٥)، الشرح الكبير (٤٧٣/٢).

(٣) قوله: «ولا الحوالة به» هذا المذهب بلا ريب لأنها إنما تجوز على دين مستقر والسلم يعرض للفسخ فليس بمستقر وإن أحال المسلم إليه المسلم بالطعام الذي عليه لم يصح أيضا لأنه معاوضة بالمسلم فيه قبل قبضه فعلى المذهب في صحة الحوالة على رأس مال السلم وبه بعد الفسخ وجهان. الإنصاف (٩٦/٥)، الشرح (٤٧٣/٢)، المبدع (١٨٩/٤).

(٤) قوله: «ويجوز بيع الدين المستقر» أي من ثمن وقرض ومهر بعد الدخول وأجرة استوفى نفعها ومدتها وأرش جناية وقيمة متلف ونحو ذلك لمن هو في ذمته، وهذا المذهب لحديث ابن عمر رضي الله عنهما كنا نبيع الأبعرة بالبقيع بالدنانير ونأخذ عوضها الدراهم، وبالدراهم ونأخذ عوضها الدنانير، فسألنا رسول الله ﷺ فقال: «لا بأس إذا تفرقتما وليس بينكما شيء» فدل الحديث على جواز بيع ما في الذمة من أحد النقدين بالآخر وغيره يقاس عليه، ودل على اشتراط القبض قوله: إذا تفرقتما وليس بينكما شيء ويستثنى على المذهب ما إذا كان عليه دراهم من ثمن مكيل أو موزون باعه منه بالنسيئة فإنه لا يجوز أن يستبدل عما في الذمة بما يشاركه المبيع في علة ربا الفضل نص عليه حسما لمادة ربا النسيئة كما تقدم ذلك في كلام المصنف في آخر كتاب البيع، ويستثنى أيضا ما في الذمة من رأس مال السلم إذا فسخ العقد وأنه لا يجوز الاعتياض عنه وإن كان مستقرا على الصحيح من المذهب، وقيل يصح وهو ظاهر كلام المصنف هنا. الشرح الكبير (٤٧٣/٢).

(٥) قوله: «بشرط أن يقبض إلخ» إذا باع دينا في الذمة مستقرا لمن هو في ذمته فإن كان مما لا يباع به نسيئة أو بموصوف في الذمة اشترط قبض عوضه في المجلس بلا نزاع، فإن =

الإقالة في السلم، وتجوز في بعضه في إحدى الروايتين إذا قبض رأس مال السلم أو عوضه في مجلس الإقالة، وإن انفسخ العقد بإقالة أو غيرها لم يجز أن يأخذ عن الثمن عوضا من غير جنسه[1]، وإن كان لرجل سلم من جنسه فقال لغريمه اقبض سلمي لنفسك ففعل لم يصح قبضه لنفسه[2]، وهل يقع قبضه للآمر؟ على وجهين[3]، وإن قال اقبضه لي ثم اقبضه لنفسك صح[4]، وإن قال أنا أقبضه لنفسي وخذه بالكيل الذي تشاهده، فهل يجوز؟ على روايتين[5]، وإن اكتاله ثم تركه في المكيال وسلمه إلى غريمه فقبضه صح القبض لهما[6]، وإن قبض المسلم

=

كان بغيرهما مما لا يشترط فيه التقابض مثل ما لو قال بعتك الشعير الذي في ذمتك بمائة درهم أو بهذا العبد أو الثوب ونحوه فجزم المصنف باشتراط القبض في المجلس أيضا، والصحيح من المذهب أنه لا يشترط للصحة قبض العوض في المجلس قدمه في المغني والشرح والمحرر وغيرهم. المبدع (١٩٠/٤).

(١) قوله: «وإن انفسخ العقد إلخ» وبه قال أبو حنيفة لقول النبي ﷺ : «من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره» وقال القاضي أبو يعلى يجوز أخذ العوض عنه وهو قول الشافعي لأنه عوض مستقر في الذمة فجاز أخذ العوض عنه كالثمن في البيع. الشرح الكبير (٢ /٤٧٤).

(٢) قوله: «وإذا كان لرجل إلخ» أي لأن قبضه لنفسه حوالة، والحوالة بالسلم لا تجوز. المبدع (١٩١/٤).

(٣) قوله: «وهل يقع إلخ» وهما روايتان إحداهما لا يقع وهو المذهب لأنه لم يجعله نائبا له في القبض فلم يقع له بخلاف الوكيل فصار كالقابض بغير إذن، فإن قلنا لا يصح القبض بقي على ملك المسلم إليه، ولو قال الأول للثاني أحضر اكتيالي منه لأقبضه لك ففعل لم يصح قبضه للثاني وهل يكون قابضا لنفسه على وجهين أولهما أن يكون قابضا لنفسه. المبدع (١٩١/٤).

(٤) قوله: «وإن قال اقبضه لي إلخ» هذا المذهب، وكذلك إن قال الآمر: أحضرنا حتى أكتاله لنفسي ثم تكتاله أنت وفعلا صح الإنصاف (١٠٢/٥)، المبدع (١٩٢/٤).

(٥) قوله: «وإن قال أنا إلخ» إحداهما: يجوز ويكون قبضا لنفسه وهو المذهب، والثانية: لا يجوز ولا يكون قبضا وهو مذهب الشافعي لأنه ﷺ نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان صاع البائع وصاع المشتري ولم يوجد ذلك. انظر المبدع (١٩٢/٤).

(٦) قوله: «وإن اكتاله إلخ» هذا المذهب. الإنصاف (١٠٣/٥).

فائدة: لو دفع زيد إلى عمرو دراهم وقال اشتر لك بها مثل الطعام الذي عليَّ ففعل لم يصح لأن دراهم زيد لا تكون عوضا لعمرو، فإن اشترى الطعام بعينها أو في ذمته

=

فيه جزافا فالقول قوله في قدره[1]، وإن قبضه كيلا أو وزنا ثم ادعى غلطا لم يقبل قوله في أحد الوجهين[2]، وهل يجوز الرهن والكفيل بالمسلم فيه؟ على روايتين[3].

باب القرض

وهو من المرافق المندوب إليها، ويصح في كل عين يجوز بيعها[4] إلا بني آدم[5]،

=

فهو كتصرف الفضولي، وإن قال اشتر لي بها طعاما ثم اقبضه لنفسك ففعل صح الشراء ولم يصح القبض لنفسه على ما تقدم، وإن قال اقبضه لي ثم اقبضه لنفسك ففعل صح نص عليه، وقال أصحاب الشافعي لا يصح. الشرح الكبير (٢/٤٧٥).

(١) قوله: «وإن قبض المسلم فيه إلخ» متى قبضه جزافا أو ما هو في حكم المقبوض جزافا أخذ منه قدر حقه ويرد الباقي إن كان ويطالب بالنقص إن كان، وهل له أن يتصرف في قدر حقه منه بالكيل قبل أن يعتبره كله؟ فيه وجهان، ولو اختلفا في قدر ما قبضه جزافا فالقول قول القابض بلا نزاع. المبدع (٤/١٩٢-١٩٣).

(٢) قوله: «وإن قبضه إلخ» أي لأن الأصل عدم الغلط، والوجه الثاني يقبل قوله إن ادعى غلطا ممكنا عرفا قال في الإنصاف قلت والنفس تميل إلى ذلك مع صدقه وأمانته. المبدع (٤/١٩٣)، الإنصاف (٥/١٠٨).

فائدة: وكذا حكم ما قبضه من مبيع غيره أو دين آخر كقرض وثمن مبيع وغيرهما. الإنصاف (٥/١٠٨).

(٣) قوله: «وهل يجوز إلخ» إحداهما: لا يجوز وهو المذهب، ورويت كراهته عن علي وابن عمر وابن عباس والحسن وسعيد بن جبير والأوزاعي، والثانية يجوز وهو قول عطاء ومجاهد وعمرو بن دينار والحكم ومالك والشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر لقوله تبارك وتعالى: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ ﴾ إلى قوله: ﴿ فَرِهَـٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾ وقد روى ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم المراد به السلم واختاره المصنف، قال في الشرح فإن أخذ رهنا أو ضمينا بالمسلم فيه ثم تقايلا السلم أو فسخ العقد لتعذر المسلم فيه بطل الرهن لزوال الدين الذي به الرهن وبرئ الضامن. انظر الشرح الكبير (٢/٤٧٦).

(٤) قوله: «يصح في كل عين إلخ» يشترط في صحة القرض معرفة قدره بقدر معروف ووصفه. المبدع (٤/١٩٥).

(٥) قوله: «إلا بني آدم» أما قرض بني آدم فالمذهب لا يصح، قال في الشرح ويحتمل صحة قرض العبد دون الأمة وهو قول مالك والشافعي إلا أن يقرضهن ذوى أرحامهن، وأما قرض الجواهر ونحوها مما يصح بيعه ولا يصح السلم فيه فالصحيح الصحة ويرد المقترض القيمة، وقوله: يصح في كل عين ظاهره أنه لا يصح قرض المنافع لأنها ليست
=

والجواهر ونحوها مما لا يصح السلم فيه في أحد الوجهين فيهما، ويثبت الملك فيه بالقبض فلا يملك المقرض استرجاعه، وله طلب بدله، فإن رده المقترض عليه لزمه قبوله ما لم يتعيب أو يكن فلوسا أو مكسرة فيحرمها السلطان[1] فتكون له

باب القرض

القرض: مصدر قرض الشيء يقرضه بكسر الراء: إذا قطعه، والقرض: اسم مصدر بمعنى الإقراض، وقال الجوهري: القرض: ما تعطيه من المال لتقضاه، والقرض بالكسر: لغة فيه، حكاها الكسائي، وقال الواحدي: القرض: اسم لكل ما يلتمس منه الجزاء، يقال: أقرض فلان فلانا: إذا أعطاه ما يتجازاه منه، والاسم منه، القرض، وهو: ما أعطيته لتكافئ عليه، هذا إجماع من أهل اللغة[2].

«**من المرافق المندوب إليها**» المرافق: واحدها: مرفق بفتح الميم مع كسر الفاء وفتحها ما ارتفقت به، وانتفعت، والرفق: ضد العنف.

والمندوب في اللغة: المدعو[3]، وحده المصنف رحمه الله قال في الروضة: بأنه مأمور لا يلحق بتركه ذم من حيث تركه من غير حاجة إلى بدل [4] وقيل: هو: ما فعله ثواب، ولا عقاب في تركه [5].

والمندوب: مأمور به[6]، وأنكر قوم كونه مأمورًا به [7].

=

بأعيان قال في الانتصار لا يجوز قرض المنافع، وقال الشيخ تقي الدين يجوز قرض المنافع مثل أن يحصد معه يوما ويحصد الآخر معه يوما أو يسكنه دارا يسكنه الآخر بدلها. الشرح الكبير (٤٧٩/٢).

(١) قوله: «فيحرمها السلطان» أي سواء اتفق الناس على تركها أو لا وهو المذهب.

(٢) انظر الصحاح (١١٠٢/٣)، لسان العرب (٨٢/٩)، وشرعا: دفع مال أو تمليك الشيء لمن ينتفع به، على أنه يرد بدله. انظر المغني لموفق الدين (٣٥٢/٤)، الروض المربع (١٥١/٢).

(٣) انظر: القاموس المحيط للفيروزآبادي (١٣١/١).

(٤) نعم، هكذا ذكره شيخ الإسلام موفق الدين. انظر روضة الناظر (٣٥/١).

(٥) وهو تعريف ابن اللحام البعلي. انظر المختصر في أصول الفقه (ص/٦١).

(٦) وهو قول أبي إسحاق. انظر إحكام الأحكام (١٧٣/١)، وذكره ابن عقيل، وموفق الدين، وغيرهما. انظر المختصر في أصول الفقه (ص/٦٢).

(٧) قال سيف الدين الآمدي: وهو الحق، انظر إحكام الأحكام للآمدي (١٧٣/١).

القيمة[1] وقت القرض، ويجب رد المثل في المكيل والموزون، والقيمة في

(١) قوله: «فتكون له القيمة» هذا المذهب ولو كانت باقية وإذا كان مما يجري فيه ربا الفضل فإنه يعطى مما لا يجري فيه الربا فلو أقرضه دراهم مكسرة فحرمها السلطان أعطى قيمتها ذهبا وعكسه بعكسه قال في الفروع فله القيمة من غير جنسه. المبدع (١٩٧/٤).

فائدة: ذكر ناظم المفردات هنا مسائل تشبه مسائل القرض، فأحببت أن أذكرها هنا لعظيم نفعها وحاجة الناس إليها قال:

والنقد في المبيع حيث عينا	وبعد ذا كساده تبينا
نحو الفلوس ثم لا يعامل	بها فمنه عندنا لا يقبل
بل قيمة الفلوس يوم العقد	والقرض أيضا هكذا في الرد
ومثله من رام عود الثمن	برده المبيع خذ بالأحسن
قد ذكر الأصحاب ذا في ذي الصور	والنص في القرض عيانا قد ظهر
والنص بالقيمة في بطلانها	لا في ازدياد القدر أو نقصانها
بل إن غلت فالمثل فيها أحرى	كدانق عشرين صار عشرا
والشيخ في زيادة أو نقص	مثلا كقرض في الغلا والرخص
وشيخ الإسلام فتى تيمية	قال قياس القرض عن جليه
الطرد في الديون كالصداق	وعوض في الخلع والإعتاق
والغصب والصلح عن القصاص	ونحو ذا طرا بلا اختصاص
قال وجا في الدين نص مطلق	حرره الأثرم إذ يحقق
وقولهم إن الكساد نقصا	فذاك نقص النوع عابت رخصا
قال ونقص النوع ليس يعقل	فيما سوى القيمة ذا لا يجهل
وخرج القيمة في المثلي	بنقص نوع ليس بالخفي
واختاره وقال عدل ماضي	خوف انتظار السعر بالتقاضي
لحاجة الناس إلى ذي المسألة	نظمتها مبسوطة مطولة

انظر الإنصاف للمرداوي (١١٤/٥).

الجواهر ونحوها[1]، وفيما سوى ذلك وجهان، ويثبت العوض في الذمة حالا وإن أجله، ويجوز شرط الرهن والضمين فيه ولا يجوز شرط ما يجر نفعا[2] نحو أن يسكنه داره أو يقضيه خيرا منه أو في بلد آخر، ويحتمل جواز هذا الشرط[3]، وإن فعله بغير شرط أو قضى خيرا أو أهدى له هدية بعد الوفاء جاز لأن النبي ﷺ استسلف بكرا فرد خيرا منه وقال: «**خيركم أحسنكم قضاء**» وإن فعله قبل الوفاء[4] لم يجز إلا أن تكون العادة جارية بينهما به قبل القرض، وإذا أقرضه أثمانا فطالبه بها ببلد آخر لزمته وإن أقرضه غيرها لم تلزمه فإن طالبه بالقيمة لزمه أداؤها.

«**استلف بكرًا**» البكر من الإبل: ما لم يثن، وقال أبو السعادات: البكر: انثى من الإبل، والله سبحانه وتعالى أعلم.

---

(١) قوله: «ويجب رد المثل إلخ» لا نعلم خلافا في وجوب رد المثل في المكيل والموزون، لكن لو أعوز المثل لزمته قيمته يوم إعوازه، وقال في المستوعب ولو اقترض حنطة فلم تكن عنده وقت الطلب فرضي بمثل كيلها شعيرا جاز، ولا يجوز أكثر، وأما الجواهر ونحوها فيجب رد القيمة على الصحيح من المذهب. الإنصاف (٥/١١٤-١١٥).

على قوله: «ويجوز شرط الرهن والضمين فيه» لأن النبي ﷺ رهن درعه على شعير أخذه لأهله متفق عليه. انظر المبدع (٤/١٩٨).

(٢) قوله: «ولا يجوز شرط إلخ» كل قرض شرط فيه الزيادة فهو حرام بغير خلاف، قال ابن المنذر أجمعوا على أن المسلف إذا شرط على المتسلف زيادة أو هدية فأسلف على ذلك أن أخذ الزيادة على ذلك ربا، ولا فرق بين الزيادة في القدر أو الصفة مثل أن يقرضه مكسرة فيعطيه صحاحا أو نقدا ليعطيه خيرا منه، فإن شرط أن يعطيه إياه في بلد آخر لم يجز إن كان لحمله مؤنة لأنه زيادة، وقال المصنف ويحتمل جواز هذا الشرط وهو رواية عن أحمد واختاره المصنف والشيخ تقي الدين رحمهما الله تعالى. المبدع (٤/١٩٩).

(٣) قوله: «ويحتمل إلخ» راجع إلى الأخير فقط.

على قوله: «لأن النبي ﷺ استسلف بكرا إلخ» متفق عليه.

(٤) قوله: «وإن فعله قبل الوفاء لم يجز» هذا المذهب لقوله ﷺ: «إذا أقرض أحدكم قرضا فأهدى إليه أو حمله على الدابة فلا يركبها ولا يقبله إلا أن يكون جرى بينه وبينه قبل ذلك» رواه ابن ماجه، وهذا كله في مدة القرض، فأما بعد الوفاء فهو كالزيادة من غير شرط، وعنه يجوز. المبدع (٤/٢٠٠).

باب الرهن[1]

وهو وثيقة بالحق لازم في حق الراهن جائز في حق المرتهن يجوز عقده مع الحق وبعده ولا يجوز قبله[2] إلا عند أبي الخطاب، ويصح رهن كل عين يجوز

باب الرهن

الرهن في اللغة: الثبوت والدوام[3]، يقال: ماء راهن، أي: راكد، ونعمة راهنة، أي: ثابتة دائمة، وقيل: هو من الحبس، قال الله تعالى: ﴿كُلُّ ٱمْرِيٍٕ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ﴾ [الطور: ٢١] وقال: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾ [المدثر: ٣٨] وجمعه رهان، كحبل وحبال، ورهن كسقف وسقف، عن أبي عمرو بن العلاء، قال الأخفش: وهي قبيحة، وقيل: رهن جمع رهان، ككتاب وكتب، ويقال: رهنت الشيء وأرهنته بمعنى.

قال المصنف رحمه الله: وهو في الشرع: المال الذي يجعل وثيقة بالدين، ليستوفي من ثمنه إن تعذر استيفاؤه ممن هو عليه[4].

---

(١) الصحيح من المذهب أن الرهن توثقة دين بعين يمكن أخذ الدين أو بعضه منها أي ثمنها إن تعذر الوفاء من غيرها، وفي الزركشي، توثقه، دين بعين أو بدين على قول يمكن أخذه منه إن تعذر الوفاء من غيره انتهى.
فعلم منه أن المقدم لا يصح رهن الدين ولو لمن هو عنده، والمرهون كل عين معلومة جعلت وثيقة بحق يمكن استيفاؤه منها أو من ثمنها إذا كانت العين يجوز بيعها، فعلى هذا لا يجوز رهن المنافع لأنها تملك إلى حلول الحق، ولو رهنه أجرة داره شهرا لم يصح لأنه مجهول.
المبدع (٤/٢٠٢-٢٠٣).

(٢) قوله: «ولا يجوز قبله» أي على الصحيح من المذهب وهو مذهب الشافعي واختار أبو الخطاب أنه يصح فإذا قال رهنتك ثوبي هذا بعشرة تقرضنيها غدا وسلمه إليه ثم أقرضه الدراهم لزم الرهن وهو مذهب أبي حنيفة ومالك.

فائدة: تجوز الزيادة في الرهن ويكون حكمها حكم الأصل، ولا يجوز زيادة دين الرهن لأنه رهن مرهون وهذا المذهب فيهما. الإنصاف (٥/١٢٥).

(٣) انظر: لسان العرب (٣/١٧٥٧-١٧٥٨).

(٤) انظر: المغني لموفق الدين (٤/٢٦٦)، كشاف القناع للبهوتي (٣/٣٢٠).

بيعها إلا المكاتب[1] إذا قلنا استدامة القبض شرط لم يجز رهنه، ويجوز رهن ما يسرع إليه الفساد بدين مؤجل ويباع ويجعل ثمنه رهنا[2].

ويجوز رهن المشاع[3]، ثم إن رضي الشريك والمرتهن بكونه في يد أحدهما أو غيرهما جاز وإن اختلفا جعله الحاكم في يد أمين أمانة أو بأجرة.

ويجوز رهن المبيع غير المكيل والموزون قبل قبضه[4] إلا على ثمنه في أحد الوجهين[5]، وما لا يجوز بيعه لا يجوز رهنه إلا الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع في أحد

«**وثيقة بالحق**» الوثيقة بالحق: التوثق به، قال ابن القطاع: وثقت بالشيء: اعتمدت عليه، فالمرتهن معتمد على الاستيفاء من ثمن الرهن عند التعذر.

«**رهن المشاع**» قال الجوهري: سهم مشاع، وشائع، أي: غير مقسوم.

---

(١) قوله: «إلا المكاتب إلخ» يصح رهن المكاتب إذا قلنا يصح بيعه على الصحيح من المذهب وهو مذهب مالك لأنه يجوز بيعه وإيفاء الدين من ثمنه فعلى المذهب يمكن من الكسب كما قبل الرهن وما أداه فهو رهن معه فإن عجز ثبت الرهن فيه وفي إكسابه وإن عتق كان ما أداه من نجومه بعد عقد الرهن رهنا. المغني (٤/٣٧٠)، الإنصاف (٥/١٢٦).

فائدة: العين المؤجرة يصح رهنها على الصحيح من المذهب وعليه الأكثر وقيل لا. الإنصاف (٥/١٢٦).

(٢) قوله: «ويجوز رهن إلخ» هذا المذهب لأنه يمكن إيفاء الدين من ثمنه أشبه الثوب. المبدع (٤/٢٠٤).

(٣) قوله: «ويجوز رهن المشاع» هذا المذهب وبه قال ابن أبي ليلى والنخعي ومالك والشافعي، ويصح رهن بعض نصيبه من المشاع مثل أن يكون له نصف دار فيرهنه نصيبه من بيت منها على الصحيح من المذهب.
انظر الشرح الكبير (٢/٤٨٨).

(٤) قوله: «ويجوز إلخ» أي لأنه يجوز بيعه قبل قبضه فصح رهنه كما بعد القبض، فأما رهنه على ثمنه قبل قبضه ففيه وجهان، وأما المكيل والموزون وما يلحق به من المعدود والمزروع قبل قبضه فذكر القاضي جواز رهنه وحكاه هو وابن عقيل عن الأصحاب واختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى. انظر المبدع (٤/٢٠٦).

(٥) قوله: «إلا على ثمنه إلخ» الصحيح من المذهب جواز رهنه على ثمنه لأن الثمن صار دينا في الذمة والمبيع صار ملكا للمشتري فجاز رهنه بالثمن كغيره من الدين. المبدع (٤/٢٠٦).

الوجهين[1]، ولا يجوز رهن العبد المسلم لكافر إلا عند أبي الخطاب إذا شرطا كونه في يد مسلم، ولا يلزم الرهن إلا بالقبض[2] واستدامته شرط في اللزوم فإن أخرجه المرتهن باختياره إلى الراهن زال لزومه[3] فإن رده إليه عاد اللزوم ولو رهنه عصيرا فتخمر زال لزومه فإن تخلل عاد لزومه بحكم العقد السابق، وعنه أن القبض واستدامته في المتعين ليس بشرط، فمتى امتنع الراهن من تقبيضه أجبر

---

(١) قوله: «وما لا يجوز إلخ» وكذا الزرع الأخضر، أحدهما يصح وهو المذهب لأن الغرر يقل فيه فإن الثمرة متى تلفت عاد إلى حقه في ذمة الراهن، ولأنه يجوز بيعه فجاز رهنه، فأما ما لا يجوز بيعه كأم الولد والوقف والعين المرهونة فلا يصح رهنه لأن مقصود الرهن استيفاء الدين من ثمنه وما لا يجوز بيعه لا يمكن ذلك فيه. الإنصاف (٥/ ١٢٩-١٣٠)، المبدع (٤/٢٠٦-٢٠٧).

فائدة: قال الشيخ تقي الدين رحمه الله يجوز أن يرهن الإنسان مال نفسه على دين غيره كما يجوز أن يضمنه وأولى وهو نظير إعارته للرهن. الإنصاف (٥/١٣٣).

فائدة: يجوز أن يستأجر شيئا ليرهنه وأن يستعيره ليرهنه بإذن ربه فيهما سواء بين قدر الدين لهما أو لا قاله القاضي وجزم به في المغني والشرح، ولا يجوز الرجوع بعد إقباضه فإن حل الدين وبيع رجع المعير أو المؤجر بقيمته أو بمثله إن كان مثليا، ولا يرجع بما باعه به سواء زاد على القيمة أو نقص على الصحيح من المذهب، وإن لم يكن مثليا ضمنه بأكثر الأمرين من قيمته أو ما بيع به لأنه إن بيع بأقل من قيمته ضمن الراهن النقص وإن بيع بأكثر كان ثمنه كله لمالكه الإنصاف (٥/١٣٢-١٣٣).

(٢) قوله: «ولا يلزم إلخ» لا يلزم الرهن إلا بالقبض، ويكون قبل القبض رهنا جائزا يجوز الراهن فسخه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي، وسواء في ذلك المكيل والموزون وغيره، قال بعض أصحابنا في غير المكيل والموزون رواية أنه يلزم بمجرد العقد. الشرح الكبير (٢/٤٩٣). قال في الإنصاف وعنه أن القبض ليس بشرط في المتعين فيلزم بمجرد العقد نص عليه، قال القاضي في التعليق هذا قول أصحابنا قال في التلخيص هذا أشهر الروايتين وهو المذهب عند ابن عقيل وغيره فعليها متى امتنع الراهن من تقبيضه أجبر عليه كالبيع، وإن رده المرتهن على الراهن بعارية أو غيرها ثم طلبه أجبر الراهن على رده، ووجه الأولى قوله تعالى: ﴿ فَرِهَـٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾ وصفها بكونها مقبوضة. الإنصاف (٥/١٣٤).

فائدة: صفة قبض الرهن كقبض المبيع. انظر الإنصاف (٥/١٣٤).

(٣) قوله: «فإن أخرجه إلخ» أي سواء أخرجه بإجارة أو إعارة أو إيداع أو غير ذلك، فإذا عاد فرده إليه عاد اللزوم لأنه أقبضه باختياره، وممن أوجب استدامة القبض مالك وأبو حنيفة، وقال الشافعي استدامة القبض ليست شرطا. الشرح الكبير (٢/٤٩٣).

عليه، وتصرف الراهن في الرهن لا يصح[1] إلا العتق فإنه ينفذ ويؤخذ منه قيمته رهنا مكانه ويحتمل أن لا ينفذ عتق المعسر، وقال القاضي له تزويج الأمة ويمنع الزوج وطأها ومهرها رهن معها والأول أصح، وإن وطئ الجارية فأولدها خرجت من الرهن وأخذت منه قيمتها فجعلت رهنا[2] وإن أذن المرتهن له في بيع الرهن أو هبته ونحو ذلك ففعل صح وبطل الرهن، إلا أن يأذن له في بيعه بشرط أن يجعل ثمنه رهنا أو يعجل دينه من ثمنه، ونماء الرهن وكسبه وأرش

«**ونماء الرهن**» تقدم ذكر النماء في «باب الخيار» .

---

(١) قوله: «وتصرف الراهن إلخ» إذا تصرف الراهن في الرهن فلا يخلو إما أن يكون بالعتق أو بغيره فالصحيح من المذهب أنه ينفذ وسواء كان موسرا أو معسرا، وعنه لا ينفذ عتق المعسر وبه قال مالك قال في الإنصاف هو قوي في النظر وقال في الفائق وعنه لا ينفذ عتق الموسر كغيره اختاره شيخنا يعني به الشيخ تقي الدين، فعلى المذهب في الموسر تؤخذ منه قيمته رهنا والقيمة يوم العتق وليس للراهن الانتفاع بالرهن باستخدام ولا وطء ولا سكنى ولا غير ذلك، ولا يملك التصرف فيه بإجارة ولا إعارة ولا غير ذلك بغير رضى المرتهن وبه قال الثوري وأصحاب الرأي، وقال مالك وابن أبي ليلى والشافعي وابن المنذر للراهن إجارته وإعارته مدة لا يتأخر انقضاؤها عن حلول الدين، وهل له أن يسكن بنفسه على اختلاف بينهم، وليس له إجارة الثوب ولا ما ينقص بالانتفاع. انظر الشرح الكبير (٢/٤٩٣-٤٩٤).

(٢) قوله: «وإن وطئ الجارية إلخ» هذا المذهب، فإن كان الوطء بإذن المرتهن خرجت من الرهن ولا شيء للمرتهن لأنه أذن في سبب ما ينافي حقه فكان إذنا فيه ولا نعلم في هذا خلافا، وإن لم تحبل فهي رهن بحالها، وإن اختلفا في الإذن فالقول قول من ينكره. المبدع (٤/٢١٣)، الإنصاف (٥/١٣٨).

فوائد: يجوز للمرتهن الرجوع في كل تصرف أذن فيه بلا نزاع، فلو ادعى أنه رجع قبل البيع فهل يقبل قوله؟ على وجهين: أحدهما يقبل اختاره القاضي واقتصر عليه في المغني، والثاني لا يقبل قال في الإنصاف قلت وهو الصواب. الإنصاف (٥/١٤٠).

الثانية: لو ثبت رجوعه وتصرف الراهن جاهلا برجوعه فهل يصح تصرفه؟ على وجهين، بناء على تصرف الوكيل بعد عزله قبل علمه، والصحيح من المذهب هناك أنه ينعزل فكذا هنا. الإنصاف (٥/١٤٠).

الثالثة: لو كان الدين غير حال ولم يشترط جعل ثمنه رهنا مكانه بل فقد الأمران فهل يبقى ثمنه رهنا أو يبطل الرهن؟ فيه وجهان: أحدهما يبقى ثمنه رهنا اختاره القاضي وقدمه في الرعاية الصغرى والنظم، والثاني يبطل الرهن وهو ظاهر ما جزم به المصنف هنا وجزم به غيره وهو المذهب. الإنصاف (٥/١٤٠).

الجناية عليه من الرهن[1] ومؤنته على الراهن[2] وكفنه إن مات وأجرة مخزنه إن كان مخزونا، وهو أمانة في يد المرتهن إن تلف بغير تعد منه فلا شيء عليه[3] ولا يسقط بهلاكه شيء من دينه، وإن تلف بعضه فباقيه رهن بجميع الدين ولا ينفك شيء من الرهن حتى يقضي جميع الدين[4]، وإن رهنه عند رجلين فوفى أحدهما

---

(١) قوله: «ونماء الرهن وكسبه من الرهن» هذا المذهب، فإذا احتيج إلى بيعه بيع مع الأصل وسواء في ذلك المتصل كالسمن والتعلم والمنفصل كالكسب والأجرة والولد والثمرة، وقال مالك يتبع الولد في الرهن خاصة دون سائر النماء لأن الولد يتبع الأصل في الحقوق الثابتة كولد أم الولد.

وقال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر لا يدخل في الرهن شيء من النماء المنفصل ولا من الكسب لأنه حق تعلق بالأصل يستوفي من ثمنه فلا يسرى إلى غيره كحق جنايته حتى قال الشافعي لو رهنه ماشية خاصة فنتجت فالنتاج لا يدخل في الرهن، وخالفه أبو ثور وابن المنذر .

واحتجوا بقوله ﷺ : «الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه» والنماء غنم، ولنا أنه حكم ثابت في العين بعقد المالك فيدخل فيه النماء والمنافع كالملك بالبيع وغيره، ولأن النماء حادث من عين الرهن فيدخل فيه كالمتصل.

انظر الشرح الكبير (٢/٥٠٣-٥٠٤).

(٢) قوله: «ومؤنته إلخ» وبه قال مالك والشافعي لقوله ﷺ : «الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه» .

رواه الدارقطني وقال إسناده جيد متصل. الشرح الكبير (٢/٥٠٤-٥٠٥).

(٣) قوله: «وهو أمانة إلخ» أما إذا تلف في يد المرتهن بتعد منه أو تفريط في حفظه ضمنه لا نعلم في ذلك خلافا، فأما إن تلف من غير تعد منه ولا تفريط فلا ضمان عليه، وقال مالك إن كان تلفه بأمر ظاهر كالموت والحريق فمن ضمان الراهن، وإذا ادعى تلفه بأمر خفي لم يقبل قوله ويضمن، وقال الثوري وأبو حنيفة يضمنه المرتهن بأقل الأمرين من قيمته أو قدر الدين، ويروى ذلك عن عمر ﷺ .

ولنا ما روى ابن أبي ذئب عن الزهري عن سعيد بن المسيب أن النبي ﷺ قال: «لا يغلق الرهن لصاحبه غنمه وعليه غرمه» رواه الأثرم.

انظر الشرح الكبير (٢/٥٠٧).

(٤) قوله: «ولا ينفك شيء إلخ» بلا نزاع حتى لو قضى أحد الوارثين ما يخصه من دين يرهن.

انفك في نصيبه[1]، وإن رهنه رجلان شيئا فوفاه أحدهما انفك في نصيبه، وإذا حل الدين وامتنع من وفائه فإن كان الراهن أذن للمرتهن أو العدل في بيعه باعه ووفى الدين وإلا رفع الأمر إلى الحاكم فيجبره على وفاء الدين أو بيع الرهن فإن لم يفعل باعه الحاكم وقضى دينه.

«**وهو أمانة**» أي: غير مضمون، والأمانة تقع على الطاعة، والعبادة، والوديعة، والثقة.

«**فيجبره**» بضم الياء وفتحها، يقال: جبره على الأمر، وأجبره عليه: إذا أكرهه عليه.

---

(١) قوله: «وإن رهنه إلخ» هذا المذهب فإن أراد مقاسمة المرتهن وأخذ نصيب من وفاه وكان الرهن مما لا تنقصه القسمة كالمكيل والموزون فله ذلك وإن كان مما تنقصه القسمة لم تجب قسمته لأن على المرتهن ضررا فيه ويقر في يد المرتهن بعضه رهن وبعضه وديعة.
انظر المبدع (٤/٢١٦)، الإنصاف (٥/١٤٤).

فصل

وإذا شرط في الرهن جعله على يد عدل صح وقام قبضه مقام قبض المرتهن.

وإن شرط جعله في يد اثنين لم يكن لأحدهما الانفراد بحفظه[1] وليس للراهن ولا للمرتهن إذا لم يتفقا ولا للحاكم نقله عن يد العدل إلا أن تتغير حاله وله رده عليهما ولا يملك رده إلى أحدهما فإن فعل فعليه رده إلى يده فإن لم يفعل ضمن حق الآخر، وإن أذنا له في البيع لم يبع إلا بنقد البلد[2] فإن كان فيه نقود باع بجنس الدين فإن لم يكن فيها جنس الدين باع بما يرى أنه أصلح، وإن قبض الثمن فتلف في يده فهو من ضمان الراهن[3] وإن استحق المبيع رجع المشتري

«**على يد عدل**» أي: في يد عدل وعلى تكون بمعنى في قال الله تعالى: ﴿وَدَخَلَ ٱلْمَدِينَةَ عَلَىٰ حِينِ غَفْلَةٍ﴾ [القصص: ١٥] أي: في حين.

«**عند الحلول**» أي: عند الوجوب.

قال ابن القطاع: حل الحق حلا، وحلولا، وتحلة: وجب عليه.

---

(١) قوله: «وإن شرط جعله في يد اثنين إلخ» أي لأن المتراهنين لم يرضيا إلا بحفظهما معا فإن سلمه أحدهما إلى الآخر فعليه ضمان النصف لأنه القدر الذي تعدى فيه.
وقال أبو حنيفة إن كان مما يقتسم اقتسماه، وإلا فلكل واحد منهما إمساك جميعه لأن اجتماعهما على حفظه يشق. المبدع (٤/٢١٨).

(٢) قوله: «لم يبع إلا بنقد البلد» ظاهره أن الوكيل لا يبيع هنا نسأ وهو كذلك قولا واحدا عند الجمهور، وإذا باع بالعدل بدون ثمن المثل عالما بذلك فقال المصنف في المغني لا يصح بيعه.
قال في الشرح قال شيخنا لا يصح، وقال أصحابنا يصح ويضمن النقص كله وهذا المذهب.
الشرح الكبير (٢/٥١١-٥١٢).

(٣) قوله: «وإن قبض الثمن إلخ» إذا باع العدل الرهن بإذنهما وقبض الثمن فتلف في يده من غير تفريط فلا ضمان عليه لأنه أمين ولا نعلم في ذلك خلافا ويكون من ضمان الراهن، وبهذا قال الشافعي.
وقال أبو حنيفة ومالك يكون من ضمان المرتهن لأن البيع لأجله، وإذا ادعى التلف فالقول قوله مع يمينه لأنه أمين.
الشرح الكبير (٢/٥١٢).

على الزاهن[1] .
وإن ادعى دفع الثمن إلى المرتهن فأنكر و لم يكن قضاه ببينة ضمن.
وعنه لا يضمن إلا أن يكون أمر بالإشهاد فلم يفعل وهكذا الحكم في الوكيل
وإن شرط أن يبيعه المرتهن أو العدل صح وإن عزلهما صح عزله ويحتمل أن لا يصح[2] .
وإن شرط أن لا يبيعه عند الحلول أو إن جاءه بحقه، وإلا فالرهـــن له لم يصح

---

(١) قوله: «وإن استحق إلخ» إذا خرج المبيع مستحقا فالعهدة على الراهن دون العدل إذا علم المشتري أنه وكيل، وهكذا كل وكيل باع مال غيره، وهذا قول الشافعي.
وقال أبو حنيفة العهدة على الوكيل وإن خرج مستحقا فعلم المشتري بعد تلف الثمن في يد العدل رجع على الراهن ولا شيء على العدل، وإن خرج مستحقا بعد دفع الثمن إلى المرتهن رجع المشتري على المرتهن وهو قول الشافعي، فإن كان المشتري رده بعيب لم يرجع على المرتهن لأنه قبض الثمن بحق، ولا على العدل لأنه أمين ويرجع على الراهن، فأما إن كان العدل حين باعه لم يعلم المشتري أنه وكيل كان للمشتري الرجوع عليه ويرجع هو على الراهن إن أقر بذلك أو قامت به بينة، وإن أنكر ذلك القول قول العدل مع يمينه، فإن نكل قضى عليه أو ردت اليمين على المشتري فحلف ورجع على العدل ولم يرجع العدل على الراهن، وعلى قول الخرقي القول في حديث العيب قول المشتري مع يمينه وهو إحدى الروايتين عن أحمد، فإذا حلف المشتري رجع على العدل ورجع العدل على الراهن. الشرح الكبير (٢/٥١٢).
فائدة: إذا غصب المرتهن الرهن من العدل ثم رده إليه زال عنه الضمان، ولو كان الرهن في يد المرتهن فتعدى فيه ثم أزال التعدي أو سافر به ثم رده لم يزل عنه الضمان لأن استئمانه زال بذلك فلم يعد يفعله مع بقائه في يده بخلاف التي قبلها.
على قوله: «وإن ادعى دفع الثمن إلى المرتهن فأنكر و لم يكن قضاه ببينة ضمن» هذا المذهب لأنه فرط حيث لم يشهد، ولأنه إنما أذن له في قضاء مبرئ و لم يحصل فحينئذ يرجع المرتهن على راهنه ثم هو على العدل ومحله ما إذا كان القضاء بغير بينة فإن كان لم يضمن لعدم تفريطه سواء كانت البينة قائمة أو معدومة وشرطه عدالتهم وأن لا يكون بحضرة الموكل صرح به جماعة. المبدع (٤/٢٢١).
(٢) قوله: «ويحتمل إلخ» وبه قال أبو حنيفة ومالك لأن وكالته صارت من حقوق الرهن فلم يكن للراهن إسقاطه كسائر حقوقه. الشرح الكبير (٢/٥١٣-٥١٤).

الشرط وفي صحة الرهن روايتان[1].

فصل

إذا اختلفا في قدر الدين أو الرهن أو رده أو قال أقبضتك عصيرا قال بل خمرا فالقول قول الراهن[2] وإن أقر الراهن أنه أعتق العبد قبل رهنه عتق وأخذت منه قيمته رهنا[3] وإن أقر أنه كان جنى أو أنه باعه أو غصبه قبل على نفسه[4] و لم يقبل على المرتهن إلا أن يصدقه.

---

(١) قوله: «وإن شرط إلخ» اعلم أن كل شرط وافق مقتضى العقد إذا وجد لم يؤثر في العقد، وإن لم يقتضه كالمحرم والمجهول والمعدوم وما لا يقدر على تسليمه أو نحوه أو نافى العقد كعدم بيعه عند الحلول أو أن جاءه بحقه في محله وإلا فالرهن له فالشرط فاسد، وفي صحة الرهن روايتان كالبيع إذا اقترن به شرط فاسد إحداهما يصح وهو المذهب. انظر المبدع (٤/٢٢١-٢٢٢).

(٢) قوله: «إذا اختلفا في قدر الدين إلخ» إذا اختلفا في قدر الحق نحو أن يقول الراهن رهنتك عبدي هذا بألف فقال المرتهن بل بألفين فالقول قول الراهن وبه قال النخعي والثوري والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي، وحكى عن الحسن وقتادة أن القول قول المرتهن ما لم يجاوز ثمن الرهن أو قيمته ونحوه قال مالك واختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى لأن الظاهر أن الرهن يكون بقدر الحق، ولنا أن الراهن منكر للزيادة التي يدعيها المرتهن والقول قول المنكر لقول النبي ﷺ : «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه» رواه مسلم، وإذا قال رهنتك هذا قال بل هذا فالقول قول الراهن وأما إذا اختلفا في رد الرهن فالقول قول الراهن على الصحيح من المذهب. المبدع (٤/٢٢٣).

فوائد: الأولى: لو قال رهنته عندي فقال الراهن بل غصبته أو هو وديعة عندك أو عارية فهل القول قول الراهن أو المرتهن فيه وجهان أصحهما يقبل قول الراهن. انظر الإنصاف (٥/١٥١).

الثانية: لو قال أرسلت وكيلك فرهن هذا عندي على ألفين، فقال ما أذنت له في رهنه إلا بألف فإن صدق الرسول الراهن حلف ما رهنه إلا بألف ولا قبض غيره ولا يمين على الراهن، وإن صدق المرتهن حلف الراهن وعلى الرسول ألف ويبقى الرهن بألف انظر الإنصاف (٥/١٥٢)

الثالثة: لو قال رهنتك عبدي الذي بيدي بألف، فقال بل بعتني هو بها أو قال بعتك هو بها قال بل رهنتني هو بها حلف كل منهما على نفي ما ادعى عليه وسقط ويأخذ الراهن رهنه ويبقى الألف بلا رهن. انظر الإنصاف (٥/١٥٢).

(٣) على قوله: «عتق وأخذت منه قيمته رهنا» هذا إن كان موسرا، فإنه كان معسرا فقد ذكرنا الخلاف فيه عند قوله وتصرف الراهن في الرهن لا يصح إلا في العتق. المبدع (٤/٢٢٤).

(٤) على قوله: «قبل على نفسه ولم يقبل على المرتهن» هذا المذهب لأنه متهم في حقه

فصل

وإذا كان الرهن مركوبا أو محلوبا فللمرتهن أن يركب ويحلب بقدر نفقته متحريا للعدل في ذلك[1]، وإن أنفق على الرهن بغير إذن الراهن مع إمكانه فهو متبرع، وإن عجز عن استئذانه و لم يستأذن الحاكم فعلى روايتين[2]، وكذلك الحكم في الوديعة وفي نفقة الجمال إذا هرب الجمال وتركها في يد المكتري، وإن انهدمت الدار فعمرها المرتهن بغير إذن الراهن لم يرجع به رواية واحدة[3].

فعلى هذا إذا كذبه المرتهن وولى الجناية لم يسمع قوله، وإن صدقه ولى الجناية لزمه أرشها إن كان موسرا لأنه حال بين المجني عليه وبين رقه الجاني بفعله أشبه ما لو قتله، وإن كان معسرا تعلق حق المجني عليه برقبته إذا انفك الرهن وحينئذ فيستحق المشتري والمغصوب منه الرهن إذا انفك منه لأن اعترافه مقتض لذلك حالا ومآلا خولف في الحال لأجل حق المرتهن فمتى زال عمل المقتضى عمله لكن على المرتهن اليمين أنه لا يعلم ذلك. انظر المبدع (٤/٢٢٤).

(١) قوله: «وإذا كان الرهن مركوبا إلخ» هذا المذهب وسواء أنفق مع تعذر النفقة من الراهن لغيبة أو امتناع أو مع القدرة على أخذ النفقة منه أو استئذان وهو من المفردات. وعن أحمد رحمه الله تعالى رواية أخرى لا يحتسب له بما أنفق وهو متطوع بها ولا ينتفع من الرهن بشيء، وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي لقوله ﷺ: «الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه» ولنا ما روى البخاري بإسناده عن أبي هريرة ؓ قال: قال رسول الله ﷺ: «الرهن يركب بنفقته إذا كان مرهونا ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهونا» وعلى الذي يركب ويشرب النفقة، ولا يجوز للمرتهن التصرف في غير المركوب والمحلوب وهو المذهب، وليس للمرتهن أن ينفق على العبد والأمة ويستخدمهما بقدر النفقة، وأما ما لا يحتاج إلى مؤنة كالدار والمتاع ونحوه فلا يجوز للمرتهن الانتفاع به بغير إذن الراهن لا نعلم في ذلك خلافا، فإذا أذن الراهن للمرتهن في الانتفاع بغير عوض وكان دين الراهن من قرض لم يجز لأنه يصير قبضا جر منفعة، وإن كان الرهن بثمن مبيع أو أجر دار أو دين غير القرض فأذن له الراهن جاز ذلك. انظر الشرح الكبير (٢/٥٢٢).

(٢) قوله: «وإن عجز إلخ» إحداهما: يرجع إذا أنفق بنية الرجوع وهو المذهب. المبدع (٤/٢٢٧).

(٣) قوله: «وإذا انهدمت الدار إلخ» وهو المذهب وليس له الانتفاع بها بقدر عمارتها فعلى هذا لا يرجع إلا بأعيان آلته وجزم القاضي في الخلاف الكبير أنه يرجع بجميع ما عمر في الدار لأنه من مصلحة الرهن وجزم به في القواعد وقاله الشيخ تقي الدين رحمه الله

فصل

وإذا جنى الرهن جناية موجبة للمال تعلق أرشها برقبته ولسيده فداؤه بالأقل من قيمته أو أرش جنايته أو بيعه في الجناية أو يسلمه إلى ولي الجناية فيملكه، وعنه إن اختار فداءه لزمه جميع الأرش، فإن فداه فهو رهن بحاله، وإن سلمه بطل الرهن، فإن لم يستغرق الأرش قيمته بيع منه بقدره وباقيه رهن، وقيل يباع جميعه ويكون باقي ثمنه رهنا، وإن اختار المرتهن فداءه ففداه بإذن الراهن رجع به، وإن فداه بغير إذنه فهل يرجع به؟ على روايتين[1]، وإن جنى عليه جناية موجبة للقصاص فلسيده القصاص، فإن اقتص فعليه قيمة أقلهما قيمة تجعل

«**أو يبيعه في الجناية**» يبيعه بالنصب على إضمار أن وبالرفع، على أنه خبر مبتدأ محذوف وقد تقدم مثله في أوائل باب حكم الأرضين المغنومة.

«**وإن جنى عليه جناية**» برفع جناية مفعولا قائما مقام الفاعل، وبنصبه على إقامة الجار والمجرور.

=

تعالى فيمن عمر وقفا بالمعروف يأخذ عوضه فيأخذه من مغلة، قال ابن عقيل ويحتمل عندي أنه يرجع بما يحفظ أصل مالية الدار لحفظه وثيقته، وقال ابن رجب في القواعد ولو وقيل إن كانت الدار بعد ما خرب منها تحرز قيمة الدين المرهون به لم يرجع وإن كان دون حقه أو وفق حقه ويخشى من تداعيها للخراب شيئا فشيئا حتى تنقص عن مقدار الحق فله أن يعمر ويرجع لكان متجها انتهى. قال في الإنصاف قلت وهو قوي. انظر المبدع (٤/٢٢٧)، الإنصاف (٥/١٥٩).

(١) قوله: «وإن فداه بغير إذنه إلخ» إحداهما: يرجع بناء على من قضى دين غيره بغير إذنه ويأتي في باب الضمان أنه يرجع على الصحيح من المذهب فكذا هنا، ولو تعذر استئذانه فقال ابن رجب خرج على الخلاف في نفقة الحيوان المرهون. المبدع (٤/ ٢٢٩).

مكانه[1]، وكذلك إن جنى على سيده فاقتص منه هو أو ورثته، وإن عفا السيد عن المال صح في حقه ولم يصح في حق المرتهن[2]، فإذا انفك الرهن رد إلى الجاني، وقال أبو الخطاب يصح وعليه قيمته، وإن وطئ المرتهن الجارية من غير شبهة فعليه الحد والمهر وولده رقيق، وإن وطئها بإذن الراهن وادعى الجهالة وكان مثله يجهل ذلك فلا حد عليه ولا مهر وولده حر لا تلزمه قيمته.

باب الضمان

وهو ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق، ولصاحب الحق

«**قيمة أقلهما قيمة**» الضمير في أقلهما عائد على العبد المرهون والجاني عليه المقتول به، والله أعلم.

باب الضمان

الضمان: مصدر ضمن الشيء ضمانا، فهو ضامن وضمين: إذا كفل به[3]، وقال ابن سيده: ضمن الشيء مضمنا وضمانا، وضمنه إياه، كفله إياه، وهو: مشتق من التضمن، لأن ذمة الضامن تتضمن، قاله القاضي أبو يعلى، وقال ابن عقيل: الضمان مأخوذ من الضمن، فتصير ذمة الضامن في ذمة المضمون عنه، وقيل: هو مشتق من الضم، لأن ذمة الضامن تنضم إلى ذمة المضمون عنه، والصواب: الأول، لأن لام الكلمة في الضم ميم وفي الضمان نون وشرط صحة الاشتقاق كون حروف الأصل موجودة في الفرع[4].

---

(١) قوله: «فإن اقتص إلخ» هذا المذهب نص عليه، ومعنى قوله فعليه قيمة أقلهما قيمة لو كان العبد المرهون يساوي عشرة وقاتله يساوي خمسة أو عكسه لم يلزم الراهن إلا الخمسة لأنه في الأولى لم يفوت على المرتهن إلا ذلك القدر وفي الثانية لم يكن حق المرتهن متعلقا إلا بذلك القدر. المبدع (٤/٢٢٩-٢٣٠).

(٢) قوله: «فإن عفا السيد عن المال إلخ» يعني إذا عفا السيد عن المال الذي وجب على الجاني بسبب الجناية صح في حق الراهن ولم يصح في حق المرتهن بمعنى أنه يؤخذ من الجاني الأرش فيدفع إلى المرتهن فإذا انفك الرهن رد ما أخذ من الجاني إليه وهذا المذهب. المبدع (٤/٢٣٠).

(٣) فهو لغة: الالتزام، انظر: لسان العرب (٤/٢٦١٠).

(٤) وشرعًا: ما عرفه المصنف، وانظر المغني لموفق الدين (٥/٧٠).

مطالبة من شاءِ منهما في الحياة والموت[1]، فإن برئت ذمة المضمون عنه برئ الضامن وإن برئ الضامن أو أقر ببراءته لم يبرأ المضمون عنه، ولو ضمن ذمي لذمي عن ذمي خمرا فأسلم المضمون له أو المضمون عنه برئ هو والضامن معا[2]، ولا يصح إلا من جائز التصرف[3]، ولا يصح من مجنون ولا صبي ولا سفيه ولا من عبد بغير إذن سيده، ويحتمل أن يصح ويتبع به بعد العتق، وإن ضمن بإذن سيده صح، وهل يتعلق برقبته أو ذمة سيده؟ على روايتين[4]، ولا يصح إلا برضاء الضامن ولا يعتبر رضاء المضمون له ولا المضمون عنه ولا معرفة الضامن لهما ولا كون الحق معلومًا ولا واجبا إذا كان مآله إلى الوجوب[5]، فلو قال ضمنت لك ما على فلان أو ما تداينه به

---

(١) قوله: «ولصاحب الحق إلخ» وبه قال الشافعي والثوري وإسحاق وأصحاب الرأي لقوله عليه الصلاة والسلام: «الزعيم غارم» ويصح الضمان بلفظ ضمين وكفيل وقبيل وحميل وصبير وزعيم، أو يقول ضمنت دينك أو تحملته ونحو ذلك، وإن قال أنا أؤدي أو أحضر لم يكن من ألفاظ الضمان ولم يصر ضامنا، ووجه في الفروع الصحة، وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى قياس المذهب يصح بكل لفظ فهم منه الضمان. الشرح الكبير (٣٤/٢).

(٢) قوله: «ولو ضمن ذمي إلخ» هذا المذهب، وعنه إن لم يسلم المضمون له فله قيمتها ولو أسلم ضامنها برئ وحده. الإنصاف (١٧٢/٥).

(٣) قوله: «ولا يصح إلا من جائز التصرف» يستثنى من ذلك المفلس المحجور عليه فإنه يصح ضمانه على الصحيح من المذهب وقد صرح به المصنف في هذا الكتاب في باب الحجر، ودخل في عموم كلام المصنف صحة ضمان المريض وهو صحيح فيصح بلا نزاع لكن إن مات في مرضه حسب ما ضمنه من ثلثه.

(٤) قوله: «وإن ضمن بإذن سيده إلخ» إحداهما تتعلق بذمة سيده وهو المذهب، ولا يصح ضمان المكاتب بغير إذن سيده كالقن، ويحتمل أن يصح ويتبع به بعد عتقه كالعبد، وإذا فهمت إشارة الأخرس صح ضمانه لأنه يصح بيعه وإقراره وتبرعه. الإنصاف (١٧٤/٥).

(٥) قوله: «ولا كون الحق معلومًا» يعني إذا كان مآله إلى العلم ولا واجبا إذا كان مآله إلى الوجوب فلو قال ضمنت لك ما على فلان أو ما تداينه به صح هذا المذهب وبه قال أبو حنيفة ومالك، وقال الثوري والليث وابن أبي ليلى والشافعي وابن المنذر لا يصح لأنه التزام مال فلم يصح مجهولا كالثمن، ولنا قوله تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾ وحمل البعير غير معلوم لأن حمل البعير يختلف باختلافه، وعموم قوله عليه الصلاة والسلام: «الزعيم غارم» الشرح الكبير (٣٨/٣)، ومن ضمان ما يجب ضمان السوق وهو أن يضمن ما يلزم التاجر من دين وما يقبضه من عين مضمونه

صح ويصح ضمان دين الضامن[1] ودين الميت المفلس وغيره، ولا تبرأ ذمته قبل القضاء في أصح الروايتين[2]، ويصح ضمان عهدة المبيع عن البائع للمشتري وعن

«مآله إلى الوجوب» أي: مرجعه وعاقبته، وهو: مصدر آل يؤول.

«**عهدة المبيع**» قال الجوهري: العهدة: كتاب الشراء، ويقال: عهدته على فلان، أي: ما أدرك فيه من درك فإصلاحه عليه، وقال المصنف رحمه الله في المغني: ضمانه على المشتري: أن يضمن الثمن الواجب بالبيع قبل تسليمه، وإن ظهر فيه عيب، أو استحق، رجع بذلك على الضامن، وضمانه عن البائع للمشتري هو: أن يضمن عن البائع الثمن متى خرج المبيع مستحقًا، أو رد بعيب، أو أرش العيب.

=

قاله الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى وقال تجوز كتابته والشهادة به لمن لم ير جوازه لأنه محل اجتهاد قال وأما الشهادة على العقود المحرمة على وجه الإعانة عليها فحرام، واختار صحة ضمان حارس ونحوه وتجار حرب ما يذهب من البلد أو البحر وإن غايته ضمان ما لم يجب وضمان المجهول كضمان السوق وهو أن يضمن الضامن ما يجب على التجار للناس من الديون وهو جائز عند أكثر العلماء كمالك وأبي حنيفة وأحمد وقال: الطائفة الواحدة الممتنعة في معاهدتهم، وإذا شورطوا على أن تجارهم يدخلون دار الإسلام بشرط أن لا يأخذوا للمسلمين شيئا وما أخذوه كانوا ضامنين في أموالهم جاز.

(١) قوله: «ويصح ضمان دين الضامن» أي الدين الذي ضمنه الضامن فيثبت الحق في ذمم الثلاثة، وكذا يصح ضمان الدين الذي كفله الكفيل فيبرأ الثاني بإبراء الأول ولا عكس، وإن قضى الدين الضامن الأول رجع على المضمون عنه، وإن قضاه الثاني رجع على الضامن الأول ثم يرجع الأول على المضمون عنه إذا كان كل واحد منهما قد أذن لصاحبه، وإن لم يكن أذن ففي الرجوع روايتان، قلت المذهب الرجوع على ما يأتي فيما إذا قضى الضامن الدين. المبدع (٤/٣٢٨).

(٢) على قوله: «ولا تبرأ ذمته قبل القضاء في أصح الروايتين» لقوله عليه الصلاة والسلام: «نفس المؤمن معلقة بدينه» ولما أخبر أبو قتادة بوفاء الدين فقال: «الآن بردت جلدته» رواه أحمد، والثانية يبرأ لما روى أبو سعيد ﷺ قال: كنا مع النبي ﷺ في جنازة فلما وضعت قال: هل على صاحبكم من دين؟ قالوا درهمان. فقال: صلوا على صاحبكم، فقال علي: هما علي يا رسول الله وأنا لهما ضامن، فقام فصلى عليه، ثم أقبل على علي فقال: جزاك الله عن الإسلام خيرا وفك رهانك كما فككت رهان أخيك. رواه الدارقطني. انظر المبدع (٤/٢٣٨).

المشتري للبائع[1]، ولا يصح ضمان دين الكتابة في أصح الروايتين[2]، ولا يصح ضمان الأمانات كالوديعة ونحوها إلا أن يضمن التعدي فيها[3]، وأما الأعيان المضمونة كالغصوب والعواري والمقبوض على وجه السوم فيصح ضمانها[4]، وإن قضى الضامن الدين متبرعا لم يرجع بشيء[5]، وإن نوى الرجوع وكان

---

(١) قوله: «ويصح ضمان عهدة إلخ» هذا بلا نزاع، فضمانه عن المشتري للبائع أن يضمن الثمن الواجب قبل تسليمه أو إن ظهر به عيب أو استحق، وضمانه عن البائع للمشتري أن يضمن عن البائع الثمن متى خرج المبيع مستحقا أو رد بعيب أو أرش للعيب فضمان العهدة في الموضعين هو ضمان الثمن أو بعضه عن أحدهما للآخر، وأصل العهدة هو الكتاب الذي تكتب فيه الوثيقة للبيع ويذكر فيه الثمن ثم عبر به عن الثمن الذي يضمنه، ولو بنى المشتري ونقضه المستحق فالإنقاض للمشتري ويرجع بقيمة التالف على البائع، وهل يدخل في ضمان العهدة في حق ضامنها على وجهين أحدهما يدخل قدمه في الرعايتين والحاويين والثاني لا يدخل وهو ظاهر كلامه في الشرح فإنه ما ضمنه إلا إذا ضمن ما يحدث في المبيع من بناء أو غراس. المبدع (٤/٢٣٩).

(٢) قوله: «ولا يصح ضمان إلخ» وهو المذهب وهو قول الشافعي وأكثر أهل العلم لأنه ليس بلازم ولا مآله إلى اللزوم لأن للمكاتب تعجيز نفسه والامتناع من الأداء. الشرح الكبير (٣/٤١).

(٣) قوله: «ولا يصح ضمان الأمانات إلخ» أما الأمانات كالوديعة والعين المأجورة والشركة والمضاربة والعين المدفوعة إلى الخياط والقصار فإن ضمنها بغير تعد فيها لم يصح لأنها غير مضمونة على صاحب اليد فكذلك على ضامنه، وإن ضمن التعدي فيها فظاهر كلام أحمد رحمه الله تعالى صحته، فإن تلفت بغير فعله ولا تفريط منه فلا شيء على الضامن، وإن تلفت بفعله أو تفريط منه لزمه ضمانها ولزم ضامنه أيضا. الشرح الكبير (٣/٤١).

(٤) قوله: «وأما الأعيان إلخ» وبه قال أبو حنيفة لأنها مضمونة على من هي في يده فصح ضمانها كالحقوق الثابتة في الذمة، ويصح ضمان الجعل في الجعالة والمسابقة والمناضلة، ويصح ضمان أرش الجناية سواء كانت نقودا كقيم المتلفات أو حيوانا كالديات، وقال أصحاب الشافعي لا يصح ضمان الحيوان الواجب فيها لأنه مجهول، وقد مضى الدليل على صحة ضمان المجهول، ويصح ضمان نفقة الزوجة وسواء كانت يومها أو مستقبلة ويلزمه ما يلزم الزوج. انظر الشرح الكبير (٣/٤١).

(٥) قوله: «وإن قضى الضامن إلخ» إذا قضى الضامن الدين متبرعا لم يرجع بلا نزاع، وإن نوى الرجوع ففيه أربع مسائل: إحداهما أن يضمن بإذنه ويقضي بإذنه فيرجع بلا نزاع، الثانية أن يضمن بإذنه ويقضي بغير إذنه فيرجع أيضا بلا نزاع، الثالثة أن يضمن =

الضمان والقضاء بغير إذن المضمون عنه فهل يرجع على روايتين، وإن أذن في أحدهما فله الرجوع بأقل الأمرين مما قضى أو قدر الدين، وإن أنكر المضمون له القضاء وحلف لم يرجع الضامن على المضمون عنه سواء صدقه أو كذبه، وإن اعترف بالقضاء وأنكر المضمون عنه لم يسمع إنكاره، وإن قضى المؤجل قبل أجله لم يرجع حتى يحل[1]، وإن مات المضمون عنه أو الضامن فهل يحل الدين عليه؟ على روايتين[2]، وأيهما حل عليه لم يحل على الآخر، ويصح ضمان الحال مؤجلا[3] وإن ضمن المؤجل حالا لم يلزمه قبل أجله في أصح الوجهين[4].

=

بغير إذنه ويقضي بإذنه فيرجع على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب، الرابعة أن يضمن بغير إذنه ويقضي بغير إذنه فهذه فيها الروايتان إحداهما يرجع وهو المذهب بلا ريب ونص عليه قال في الفائق اختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى. انظر الإنصاف (٥/١٨٣).

على قوله: «وإن أذن في أحدهما فله الرجوع بأقل الأمرين مما قضى أو قدر الدين» لأنه إن كان الأقل الدين فالزائد لم يكن واجبا عليه فهو متبرع بأدائه، وإن كان المقضي أقل إنما يرجع بما غرم، ولهذا لو أبرأه غريمه لم يرجع بشيء فإن دفع عن الدين عرضا رجع بأقل الأمرين من قيمته أو قدر الدين. المبدع (٤/٢٤١).

على قوله: «لم يرجع الضامن على المضمون عنه» لأنه إنما أذن الضامن في قضاء مبرئ ولم يوجد. المبدع (٤/٢٤٢).

على قوله: «سواء صدقه» المضمون عنه. المبدع (٤/٢٤٢).

على قوله: «أو كذبه» لأن المانع من الرجوع تفريط الضامن. انظر المبدع (٤/٢٤٢).

(١) على قوله: «لم يرجع حتى يحل» لأنه لا يجب له أكثر مما يجب للغريم أي إذا مات المضمون عنه وقلنا يحل بموته لم يحل على الضامن لأن الإنسان لا يحل عليه دين بموت غيره بل يبقى حالا بالنسبة إلى الأصل مؤخرا بالنسبة إلى الفرع، وكذا إذا مات الضامن، لكن إذا استوفى الغريم من تركته لم يكن لورثته مطالبة المضمون عنه حتى يحل. المبدع (٤/٢٤٣-٢٤٤).

(٢) قوله: «وإن مات المضمون عنه إلخ» إحداهما لا يحل وهو المذهب.

(٣) قوله: «ويصح ضمان الحال مؤجلا» أي بلا نزاع نص عليه فلصاحب الحق مطالبة المضمون عنه في الحال دون الضامن. المبدع (٤/٢٤٤).

(٤) قوله: «وإن ضمن المؤجل إلخ» وهو المذهب ويكون حالا على المضمون عنه مؤجلا على الضامن وبه قال الشافعي فإن كان الدين مؤجلا فضمنه حالا لم يصر حالا ولم يلزمه أداؤه قبل أجله لأنه فرع للمضمون عنه فلا يلزمه ما لا يلزمه، ولا يدخل

=

فصل في الكفالة

وهي التزام إحضار المكفول به، وتصح ببدن من عليه دين[1]، وبالأعيان المضمونة[2]، ولا تصح ببدن من عليه حد أو قصاص[3] ولا بغير معين كأحد

«في **الكفالة**» الكفالة: هي مصدر كفل به كفلا، وكفولا، وكفالة، وكفلته، وكفلت عنه: تحملت[4].

=

الضمان والكفالة خيار، لأن الخيار جعل لتعارف ما فيه الحظ، والضمين والكفيل دخلا على أنه لا حظ لهما، ولأنه عقد لا يفتقر إلى القبول فلم يدخله خيار، وبه قال أبو حنيفة والشافعي ولا نعلم فيه خلافا، فإن شرط الخيار فيهما فقال القاضي عندي الكفالة تبطل وهو مذهب الشافعي لأنه شرط ينافي مقتضاه، ويحتمل أن يبطل الشرط وحده كما قلنا في الشروط الفاسدة في البيع، وإذا ضمن رجلان عن رجل ألفا ضمان اشتراك فقالا ضمنا لك الألف الذي على زيد فكل واحد منهما ضامن لنصفه، وإن كانوا ثلاثة فكل واحد ضامن ثلثه.

فإن قال واحد منهم أنا وهذان ضامنون لك الألف فسكتا فعليه ثلث الألف ولا شيء عليهما، وإن قال كل واحد منهم أنا ضامن لك الألف فهذا ضمان اشتراك وانفراد فله مطالبة كل واحد منهم بالألف، وإن أدى أحدهم الألف كله أو حصته منه لم يرجع إلا على المضمون عنه لأن كل واحد منهم ضامن أصلي وليس بضامن عن الضامن الآخر. انظر الشرح الكبير (٣/٤٦).

(١) قوله: «وتصح ببدن من عليه دين» تصح الكفالة ببدن كل من يلزمه الحضور إلى مجلس الحاكم بدين لازم سواء كان معلوما أو مجهولا، وقال بعض الشافعية لا تصح ببدن من عليه دين مجهول لأنه قد يتعذر إحضار المكفول به فيلزمه الدين ولا يمكنه طلبه منه لجهله، ولنا أن الكفالة بالبدن لا بالدين والبدن معلوم فلا تبطل لاحتمال عارض، وتصح الكفالة بالصبي والمجنون لأنهما قد يجب إحضارهما في مجلس الحكم للشهادة عليهما بالإتلاف ويصح ببدن المحبوس والغائب. المبدع (٤/٢٤٥).

(٢) قوله: «وبالأعيان المضمونة» يعني يصح أن يكفلها بحيث إنه إذا تعذر إحضارها يضمنها إلا أن تتلف بفعل الله تعالى على ما يأتي، وتنعقد الكفالة بألفاظ الضمان. المبدع (٤/٢٤٥).

(٣) قوله: «ولا تصح ببدن إلخ» هذا المذهب وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى تصح واختاره في الفائق. انظر الإنصاف (٥/١٨٨).

على قوله: «في أصح الوجهين» وهو المذهب. الإنصاف (٥/١٨٩).

على قوله: «وجهان» أشهرهما لا يعتبر كالضمان. المبدع (٤/٢٤٧).

(٤) انظر: لسان العرب (كفل).

....

وقرئ شاذا ﴿ وَكَفِلَهَا زَكَرِيَّا ﴾ [آل عمران: ٣٧] بكسر الفاء.

ويقال: صبر به، يصبر بالضم صبرا وصبارة وحمل به حمالة، وزعم به يزعم بالضم زعما وزعامة، وقبل به بكسر الباء قبالة فهو: كفيل وصبير وزعيم وحميل وقبيل، كله بمعنى واحد، والله أعلم.

هذين، وإن كفل بجزء شائع من إنسان أو عضو أو كفل بإنسان على أنه جاء به وإلا فهو كفيل بآخر أو ضامن ما عليه صح في أحد الوجهين، ولا يصح إلا برضاء الكفيل وفي رضاء المكفول به وجهان، ومتى أحضر المكفول به وسلمه برئ إلا أن يحضره قبل الأجل وفي قبضه ضرر[1]، وإن مات المكفول به أو تلفت العين بفعل الله تعالى أو سلم نفسه برئ الكفيل[2]، وإن تعذر إحضاره[3] مع بقائه لزم الكفيل الدين أو عوض العين، وإن غاب أمهل الكفيل بقدر ما يمضي فيحضره، فإن تعذر إحضاره ضمن ما عليه، وإذا طالب الكفيل المكفول

---

(١) قوله: «إلا أن يحضره قبل الأجل إلخ» أي مثل أن تكون حجة الغريم غائبة أو لم يكن يوم مجلس الحكم أو الدين مؤجلا أو هناك ظالم يمنعه منه فلا يلزم قبوله كالمسلم فيه، وعلم منه أن الكفالة تصح مؤجلة لكن يعتبر أن يكون معلوما فلو جعله إلى أجل مجهول لم يصح وإن جعله إلى الحصاد ونحوه خرج على الخلاف، قال في الشرح والأولى صحته هنا لأنه تبرع من غير عوض فصح كالنذر، ثم إن عين مكانا لتسليمه تعين و لم يبرأ بإحضاره في غيره وإن أطلق تعين مكان العقد. انظر المبدع (٤/٢٤٨).

(٢) قوله: «وإن مات المكفول به إلخ» إذا مات المكفول به برئ الكفيل على الصحيح من المذهب وبه قال شريح والشعبي وأبو حنيفة والشافعي، وسواء توانى الكفيل في تسليمه حتى مات أو لا، وقيل لا يبرأ مطلقا فيلزمه الدين وهو قول الحكم ومالك والليث واختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله ذكره عنه في الفائق لأن الكفيل وثيقة بحق فإذا تعذرت من جهة من عليه الدين استوفى من الوثيقة كالرهن، ولنا أن الحضور سقط عن المكفول به فبرئ الكفيل كما لو برئ من الدين ولأن ما التزمه من أجله سقط عن الأصل فبرئ الفرع ومحل الخلاف إذا لم يشترط فإن شرط الكفيل أنه لا شيء عليه إن مات برئ بموته قولا واحدًا، وأما إذا تلفت العين بفعل الله فالصحيح من المذهب أن الكفيل يبرأ. المبدع (٤/٢٤٨).

على قوله: «أو سلم نفسه» أي بشرطه.

(٣) قوله: «وإن تعذر إحضاره» هذا المذهب وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى السجان كالكفيل الإنصاف (٥/١٩٤-١٩٥)، وإذا قال الكفيل قد برئ المكفول به من الدين أو قال لم يكن عليه دين حين كفلته فأنكر المكفول له فالقول قوله لأن الأصل صحة الكفالة وبقاء الدين وعليه اليمين فإن نكل قضى عليه وإذا قال المكفول له للكفيل: أبرأتك برئ. انظر المبدع (٤/٢٤٩).

على قوله: «وإذا طالب الكفيل المكفول به» إلى قوله: «وإلا فلا» وهذا المذهب فيهما. انظر الإنصاف (٥/١٩٥).

به بالحضور معه لزمه ذلك إن كانت الكفالة بإذنه أو طالبه صاحب الحق بإحضاره وإلا فلا، وإذا كفل اثنان برجل فسلمه أحدهما لم يبرأ الآخر[1]، وإن كفل واحد لاثنين فأبرأه أحدهما لم يبرأ من الآخر.

باب الحوالة[2]

والحوالة تنقل الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، فلا يملك المحتال الرجوع عليه بحال[3]، ولا تصح إلا بثلاثة شروط: أحدها: أن يحيل على دين مستقر،

باب الحوالة

قال ابن فارس: هي من قولك: تحول فلان عن داره إلى مكان كذا وكذا فكذلك الحق تحول مال من ذمة إلى ذمة، وقال صاحب المستوعب الحوالة: مشتقة من التحول، لأنها تنقل الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، ويقال: حال على الرجل، وأحال عليه بمعنى، نقلهما ابن القطاع[4].

---

(١) قوله: «وإذا كفل اثنان برجل إلخ» هذا المذهب وقيل يبرأ وهو احتمال في الكافي وهو ظاهر كلام السامري في فروقه قاله ابن رجب في قواعده وقال والأظهر أنهما إن كفلا كفالة اشتراك مثل أن يقولا كفلنا لك زيدا نسلمه إليك فإذا سلمه أحدهما برئ الآخر لأن التسليم الملتزم واحد فهو كأداء أحد الضامنين للمال وإن كفلا كفالة انفراد واشتراك بأن قالا كل واحد منا كفيل لك بزيد فكل واحد منهما ملتزم له إحضاره فلا يبرأ بدونه ما دام الحق باقيا، ويصح أن يكفل الكفيل كفيل آخر فإن برئ الأول برئ الثاني ولا العكس. الإنصاف (١٩٥/٥).

(٢) الحوالة ثابتة بالسنة والإجماع ولا عبرة بمخالفة الأصم لقوله ﷺ : «مطل الغني ظلم وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع» متفق عليه وفي لفظ: «من أحيل بحقه على مليء فليحتل» . المبدع (٢٥١/٤).

(٣) قوله: «فلا يملك المحتال إلخ» أي لأن الحق انتقل فلا يعود بعد انتقاله هذا إذا اجتمعت شروطها ورضى بها المحتال ولم يشترط اليسار سواء أمكن استيفاء الحق أو تعذر لمطل أو فلس أو موت أو جحد الحق ولا بينة به وحلف عليه في قول الجماهير. وعنه إذا كان المحال عليه مفلسا ولم يعلم المحتال به فله الرجوع واختاره جمع والأول المذهب. المبدع (٢٥٢/٤).

(٤) انظر: لسان العرب (١٠٥٤/٢).

فإن أحال على مال الكتابة أو السلم أو الصداق قبل الدخول لم يصح[1]، وإن أحال المكاتب سيده أو الزوج امرأته صح. والثاني: اتفاق الدينين[2] في الجنس والصفة[3] والحلول والتأجيل[4]، والثالث: أن يحيل برضائه ولا يعتبر رضاء المحال عليه ولا رضاء المحتال إن كان المحال عليه مليا[5]، وإن ظنه مليا فبان مفلسا و لم

«**إن كان المحال عليه مليئا**» المليء: مهموز، قال أبو السعادات: هو الثقة الغني، وقد ملؤ فهو مليء، بين الملاءة، والملاء، وقد أولع الناس بترك الهمز وتشديد الياء.

(١) قوله: «فإن أحال على مال الكتابة إلخ» أما إذا أحال على مال الكتابة فإنه لا يصح لأنه ليس بمستقر فإن له أن يمتنع من أدائه ويسقط بعجزه وظاهره ولو حل في المنصوص وتصح الحوالة عليه بدين آخر إذ حكمه حكم الإصرار في المداينات وأما إذا أحال على مال السلم فإنه لا يصح أيضا لأنه يتعرض للفسخ بانقطاع المسلم فيه لأنها لا تصح إلا فيما يجوز أخذ العوض عنه وهو ممتنع في السلم لقوله من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره لكن في صحتها في رأس ماله بعد فسخه وجهان وأما الإحالة بالصداق فلأنه غير مستقر بدليل سقوطه بردقما أو بصفة بطلاقها ومثله إذا أحال البائع بالثمن على المشتري في مدة الخيار. المبدع (٢٥٣/٤).

على قوله: «أو السلم» وقال الزركشي ويظهر لي منع الحوالة بالمسلم فيه.

(٢) قوله: «الثاني اتفاق الدينين» أي تماثل الحقين كذهب بذهب أو دراهم بدراهم فإن أحال من عليه ذهب بفضة أو عكسه لم يصح. المبدع (٢٥٣/٤).

(٣) قوله: «والصفة» أي كصحاح بصحاح أو مصرية بمثلها فلو اختلفا لم يصح. المبدع (٢٥٣/٤).

(٤) قوله: «والتأجيل» أي بأن يكونا مؤجلين ويعتبر اتفاق الآجل فلو كان أحدهما يحل بعد شهر والآخر بعد شهرين لم يصح فلو جوزت مع الاختلاف صار المطلوب منها الفضل فتخرج عن موضوعها واكتفى بما ذكره عن ذكر التساوي في القدر لأن الأجل إذا منع لكونه يقابله قسط تقديرا فالزيادة المحققة أولى. المبدع (٢٥٣/٤).

فائدة: إذا صحت الحوالة فتراضيا بأن يدفع خيرا من حقه أو بدونه في الصفة أو تعجيله أو تأجيله أو عوضه جاز، ذكره في المغني والشرح. المبدع (٢٥٤/٤).

(٥) قوله: «ولا يعتبر رضاء المحال عليه إلخ» أي بل يجب عليه القبول نص عليه لظاهر الخبر وفسر الملي أن يكون مليا بماله وقوله وبدنه فماله القدرة على الوفاء المبدع(٢٥٤/٤).

وقوله: أن لا يكون مماطلا، وبدنه إمكان حضوره بمجلس الحكم، فإن امتنع من القبول أجبر عليه، وفي براءة ذمة المحيل قبل أن يجبره الحاكم روايتان إحداهما نعم وهي المذهب فلو هلك المحال عليه معسرًا أو مات أو جحد فلا شيء له.

يكن رضي بالحوالة رجع عليه وإلا فلا[١]، ويحتمل أن يرجع[٢]، وإذا أحال المشتري البائع بالثمن أو أحال البائع عليه به فبان البيع باطلا فالحوالة باطلة، وإن فسخ البيع بعيب أو إقالة لم تبطل الحوالة[٣]، وللبائع أن يحيل المشتري على من أحاله المشتري عليه في الصورة الأولى، وللمشتري أن يحيل المحال عليه على البائع في الثانية، ويحتمل أن يبطل إن لم يكن قبضها، وإذا قال أحلتك قال بل وكلتني أو قال وكلتك قال بل أحلتني فالقول قول مدعي الوكالة[٤]، وإن اتفقا على أنه قال أحلتك وادعى أحدهما أنه أريد بها الوكالة وأنكر الآخر ففي أيهما يقبل قوله؟ وجهان[٥]، وإن قال أحلتك بدينك فالقول قول مدعي الحوالة وجها واحدا.

وقال المصنف في الكافي: **المليء**: الموسر غير المماطل[٦]، وقال في المغني كان المليء عنده يعني الإمام أحمد رحمه الله تعالى أن يكون مليئا بماله[٧]، وقوله، وبدنه، ونحو هذا، والله أعلم.

---

(١) قوله: «وإلا فلا» أي إذا رضي بالحوالة فلا رجوع له نص عليه لأنه مع الرضى يزول شغل الذمة فلا يعود بعد زواله. انظر المبدع (٤/٢٥٥).

(٢) قوله: «ويحتمل أن يرجع» هذا رواية كشرطها وظاهره أنه إذا رضي المحتال بها مع علمه بفلس المحال عليه أنه لا رجوع له بغير خلاف. المبدع (٤/٢٥٥).

(٣) قوله: «وإن فسخ البيع بعيب إلخ» أي لأن عقد البيع لم يرتفع هنا فلم يسقط الدين فلم تبطل الحوالة لانتفاء المبطل وحينئذ للمشتري الرجوع على البائع فيهما لأنه لما رد المعوض استحق الرجوع بالعوض. المبدع (٤/٢٥٦).

على قوله: «ويحتمل أن يبطل إن لم يكن قبضها» وقدمه في الكافي لأن الحوالة بالثمن وقد سقط بالفسخ وظاهره أنها لا تبطل إذا كان المحتال قبضها وجها واحدا. المبدع (٤/ ٢٥٦).

(٤) قوله: «فالقول قول من يدعى الوكالة» أي مع يمينه لأنه يدعى بقاء الحق على ما كان وينكر انتقاله، فأما إن كان لأحدهما بينة حكم بها. المبدع (٤/٢٥٦-٢٥٧).

(٥) قوله: «وإن اتفقا إلخ» أحدهما وهو المذهب يقبل قول مدعى الوكالة لأن الأصل بقاء الحق على المحال عليه والمحتال يدعى نقله والمحيل ينكره والقول قول المنكر. المبدع (٤/ ٢٥٧).

(٦) نعم، ذكره شيخ الإسلام موفق الدين. انظر الكافي (٢/١٦٠).

(٧) وذكره ابن مفلح انظر المبدع (٤/٢٧٣) (المكتب). والمرداوي. انظر الإنصاف (٥/ ٢٢٧). وابن ضويان انظر منار السبيل (١/٣٤٤).

باب الصلح[1]

الصلح في الأموال قسمان: أحدهما: صلح على الإقرار، وهو نوعان: أحدهما الصلح على جنس الحق[2]، مثل أن يقر له بدين فيضع عنه بعضه أو بعين فيهب له بعضها ويأخذ الباقي فيصح إن لم يكن بشرط مثل أن يقول على أن تعطيني الباقي أو يمنعه حقه بدونه، ولا يصح ذلك ممن لا يملك التبرع كالمكاتب والمأذون له وولي اليتيـــم إلا في حال الإنكار وعدم البينة، ولو صالح عن المؤجل ببعضه

باب الصلح

الصلح: اسم مصدر، لصالحه مصالحة، وصلاحا بكسر الصاد، قال الجوهري: والاسم: الصلح، يذكر ويؤنث، وقد اصطلحا وصالحا واصالحا مشدد الصاد، وصلح الشيء بضم اللام وفتحها، قال المصنف رحمه الله: **الصلح:** معاقدة يتوصل بها إلى الإصلاح بين المختلفين، ويتنوع أنواعا، صلح بين المسلمين وأهل الحرب، وصلح بين أهل العدل وأهل البغي، وصلح بين الزوجين إذا خيف الشقاق بينهما[3]، وهذا الباب للصلح بين المتخاصمين في الأموال.

---

(١) هذا الباب معقود للصلح بين المختلفين في الأموال وهو جائز بالإجماع لقوله ﷺ : «الصلح بين المسلمين جائز إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما» أخرجه الترمذي وقال: حسن صحيح. انظر المبدع (٢٥٨/٤).

(٢) قوله: «أحدهما صلح على جنس الحق إلخ» وجملته أنه إذا اعترف بدين أو عين في يده فأبرأ الغريم من بعض الدين أو وهبه بعض الغارمين وطلب منه الباقي صح إذا كانت البراءة مطلقة من غير شرط لأنه ﷺ قد كلم غرماء جابر ليضعوا عنه وفي الذي أصيب في حديقته فمر به النبي ﷺ وهو ملزوم فأشار إلى غرمائه بالنصف فأخذوه منه وقد روى عبد الله بن كعب عن أبيه أنه تقاضى ابن أبي حدرد دينا كان له عليه في المسجد فارتفعت أصواتهما حتى سمعهما رسول الله ﷺ فخرج إليهما ثم نادى يا كعب فقال لبيك يا رسول الله فأشار إليه أن ضع الشطر من دينك قال قد فعلت فقال ﷺ قم فأعطه متفق عليه، وسواء كان بلفظ الصلح أو الإبراء أو الهبة المقرون بشرط مثل أن يقول: أبرأتك من خمسمائة أو وهبتك بشرط أن تعطيني ما بقى. المبدع (٢٥٩/٤).

(٣) نعم، هكذا ذكره شيخ الإسلام موفق الدين، انظر المغني (٣٠٨/٤).

حالا لم يصح[1]، وإن وضع بعض الحال وأجل باقيه صح الإسقاط دون التأجيل[2]، وإن صالح عن الحق بأكثر منه من جنسه مثل أن يصالح عن دية الخطأ أو عن قيمة متلف بأكثر منها من جنسها لم يصح[3] وإن صالحه بعرض قيمته أكثر منها صح فيهما، وإن صالحه عن بيت على أن يسكنه سنة أو يبني له فوقه غرفة لم يصح[4]، وإن قال أقر لي بديني وأعطيك منه مئة ففعل صح الإقرار

«**أو بنى له فوقه غرفة**» الغرفة، بضم الغين: العلية، ويقال للسماء السابعة: غرفة، عن ابن فارس وغيره.

---

(١) قوله: «ولو صالح عن المؤجل إلخ» هذا المذهب وكره ذلك زيد بن ثابت وابن عمر رضي الله عنهم وقال نهى عمر أن يباع العين بالدين وكره ذلك سعيد بن المسيب والقاسم وسالم والحسن ومالك والشافعي والثوري وابن عيينة وأبو حنيفة وإسحاق، وفي الإرشاد والمبهج رواية يصح واختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما وابن سيرين والنخعي أنه لا بأس به، وعن الحسن وابن سيرين أنهما كانا لا يريان بأسا بالعروض أن يأخذها بحقه قبل محله لأنهما تبايعا العرض بما في الذمة فصح، ولنا أنه بذل القدر الذي يحطه عوضا عن تعجيل ما في ذمته، وبيع الحلول أو التأجيل لا يجوز كما لا يجوز أن يعطيه عشرة حالة بعشرين مؤجلة. الشرح الكبير (٣/٣-٤).

(٢) قوله: «وإن وضع بعض الحال إلخ» هذا المذهب، وقوله دون التأجيل أي لم يلزم التأجيل وعنه يصح. انظر الإنصاف (٥/٢١٢).

(٣) قوله: «وإن صالح عن الحق إلخ» وهذا المذهب، وهو مذهب الشافعي واختار الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى الصحة وأنه قياس قول أحمد كعوض وكالمثلي وبه قال أبو حنيفة لأنه يأخذ عوضا عن المتلف فجاز أن يأخذ أكثر منه قيمة كما لو باعه بذلك، ولنا أن الدية والقيمة تثبت في الذمة مقدرة فلم يجز أن يصالح بأكثر من جنسها كالثابتة عن قرض أو ثمن مبيع. الشرح الكبير (٣/٤).

(٤) قوله: «وإن صالحه عن بيت إلخ» إذا ادعى على رجل بيتا فصالحه على بعضه أو على أن يبنى له فوقه غرفة أو على أن يسكنه سنة لم يصح لأنه يصالحه من ملكه على ملكه أو منفعته، وإن أسكنه كان تبرعا منه متى شاء أخرجه منها وإن أعطاه بعض داره بناء على هذه فمتى شاء انتزعه منه؛ لأنه أعطاه إياه عوضا عما لا يصلح عوضا عنه، وإن فعل ذلك على سبيل المصالحة معتقدا أن ذلك وجب عليه بالصلح رجع عليه بأجر ما سكن وأجر ما كان في يده من الدار. المبدع (٣/٤-٥).

فائدة: ولو كان في ذمته مثلي من قرض أو غيره لم يجز أن يصالح عنه بأكثر منه من جنسه، وإن صالح عن قيمة ذلك بأكثر منها جاز. الإنصاف (٥/٢١٣).

ولم يصح الصلح[1]، فإن صالح إنسانا ليقر له بالعبودية أو امرأة لتقر له بالزوجية لم يصح، وإن دفع المدعى عليه العبودية إلى المدعي مالا صلحا عن دعواه صح[2]، النوع الثاني أن يصالح عن الحق بغير جنسه فهو معاوضة، فإن كان بأثمان عن أثمان فهو صرف، وإن كان بغير الأثمان فهو بيع، وإن كان بمنفعة كسكنى دار فهو إجارة تبطل بتلف المال كسائر الإجارات، وإن صالحت المرأة بتزويج نفسها صح[3]، فإن كان الصلح عن عيب في مبيعها فبان أنه ليس بعيب رجعت بأرشه لا بمهرها، فإن صالح عما في الذمة بشيء

«المدعي عليه العبودية» العبودية: مصدر عبد العبد عبودية، وعبودة، وهي مرفوعة مفعول، قائم مقام الفاعل للمدعي، ويجوز نصبها على مذهب الكوفيين لقيام الجار والمجرور مقام الفاعل.

---

(١) قوله: «ولو قال أقر لي إلخ» أي لأنه يجب عليه الإقرار بما عليه من الحق فلم يحل له أخذ العوض عما يجب عليه، فعلى هذا يرد ما أخذ لأنه تبين كذبه بإقراره. المبدع (٤/٢٦١).

(٢) قوله: «وإن دفع المدعي عليه إلخ» مفهومه أن المرأة لو دفعت مالا صلحا عن دعواه عليها الزوجية لم يصح وهو أحد الوجهين، والثاني يصح وهو الصحيح. المبدع (٤/٢٦١).

على قوله: «فهو معاوضة» أي كما لو اعترف له بعين في يده أو دين في ذمته ثم يعوضه عنه. انظر المبدع (٤/٢٦٢).

على قوله: «فهو صرف» فيشترط القبض في المجلس. المبدع (٤/٢٦٢).

على قوله: «وإن كان بمنفعة كسكنى دار» أو خدمة عبد أو يعمل له عملا معلوما. المبدع (٤/٢٦٢).

على قوله: «تبطل بتلف المال كسائر الإجارات» فإن تلفت قبل استيفاء شيء من المنفعة انفسخت ورجع بما صالح عنه وبعد استيفاء بعضها تنفسخ فيما بقى منها ويرجع بقسط ما بقى. المبدع (٤/٢٦٣).

(٣) قوله: «وإن صالحت المرأة» إذا اعترفت المرأة لرجل بدين أو عين فصالحته على أن تزوجه نفسها صح ويكون صداقا لها، فإن كان المعترف به عيبا في مبيعها فبان أنه ليس بعيب كبياض في عين العبد ظنته عمن رجعت بأرشه لأن ذلك صداقها فرجعت به لا بمهر مثلها فإن لم يزل العيب لكن انفسخ نكاحها بما يسقط صداقها رجع عليها بأرشه. المبدع (٤/٢٦٣).

في الذمة لم يجز التفرق قبل القبض لأنه بيع دين بدين، ويصح الصلح عن المجهول بمعلوم إذا كان مما لا يمكن معرفته للحاجة[1]. القسم الثاني: أن يدعي عليه عينا أو دينا فينكره ثم يصالحه على مال فيصح ويكون بيعا في حق المدعي [2] حتى إن وجد بما أخذه عيبا فله رده وفسخ الصلح، وإن كان شقصا مشفوعا ثبتت فيه الشفعة ويكون إبراء في حق الآخر فلا يرد ما صالح عنه بعيب ولا يؤخذ بشفعة، ومتى كان أحدهما عالما بكذب نفسه فالصلح باطل في حقه وما أخذه حرام عليه، وإن صالح عن المنكر أجنبي بغير إذنه صح ولم يرجع عليه في أصح الوجهين[3]، وإن صالح الأجنبي لنفسه لتكون المطالبة له غير معترف بصحة

(١) قوله: «ويصح الصلح عن المجهول إلخ» هذا المذهب، وقال الشافعي لا يصح الصلح على مجهول لأنه فرع للبيع والبيع لا يصح على مجهول، ولنا ما روي عن النبي ﷺ أنه قال في رجلين اختصما في مواريث درست بينهما: «استهما وتوخيا الحق وليحلل أحدكما صاحبه» رواه أحمد وأبو داود، ومفهوم كلام المصنف أنه إذا أمكن معرفة المجهول لا يصح الصلح عنه وهو صحيح جزم به في المغني والكافي والشرح والمحرر لعدم الحاجة كالبيع قال في الفروع وهو ظاهر نصوصه، وحيث قلنا يصح الصلح عن المجهول فإنه يصح بنقد ونسيئة جزم به في الفروع وغيره من الأصحاب. المبدع (٤/ ٢٦٤).

على قوله: «القسم الثاني» صلح الإنكار. انظر المبدع (٤/٢٦٥).

(٢) قوله: «القسم الثاني إلخ» اعلم أن الصحيح في المذهب صحة الصلح عن الإنكار وعليه الأصحاب وبه قال مالك وأبو حنيفة، وعنه لا يصح وهو قول الشافعي لأنه عاوض عما لا يثبت له فلم تصح المعاوضة، ولنا عموم قوله ﷺ: «الصلح بين المسلمين جائز» فيدخل في عمومه فعلى المذهب يثبت فيه ما قاله المصنف لكن قال في الإرشاد يصح هذا الصلح بنقد ونسيئة. الشرح الكبير (٣/٨).

على قوله: «ولا يؤخذ بشفعة» لاعتقاده أنه ليس بعوض. المبدع (٤/٢٦٦).

(٣) قوله: «وإن صالح عن المنكر أجنبي إلخ» إذا صالح عن المنكر أجنبي فتارة يكون المدعي به دينا وتارة يكون عينا، فإن كان المدعي به دينا صح الصلح عند الأصحاب لأن قضاء الدين عن غيره جائز بإذنه وبغير إذنه، فإن عليا وأبا قتادة رضي الله عنهما قضيا عن الميت فأجازه النبي ﷺ، وقيل لا يصح لأنه بيع دين لغير المديون، وإن كان عينا ولم يذكر أن المنكر وكله فظاهر كلام المصنف هنا صحة الصلح وهو المذهب، وفي الموضعين إذا صالح عنه بغير إذنه لم يرجع عليه بشيء لأنه أدى عنه ما لا يلزمه أداؤه، =

الدعوة أو معترفا بها عالما بعجزه عن استيفائها لم يصح[1]، وإن ظن القدرة عليه صح، وإن عجز عن ذلك فهو مخير بين فسخ الصلح وبين إمضائه.

«**شقصًا**» يذكر ويؤنث، يذكر في باب الشفعة.

«**وبعجزه عن استنقاذها**» ، أي: تخليصها، والضمير في استنقاذها عائد على العين المصالح عنها، لأنه قال في أول الفصل: أن يدعي عليه عينًا، أو دينا، وصلح الأجنبي عن دين المنكر، لا يصح، لأنه اشترى مالا يقدر على قبضه، ولأن بيع الدين في ذمة المقر لا يصح، فبيعه في ذمة من ينكره، ولا يقدر مشتريه على قبضه أولى.

=

وخرجه القاضي وأبو الخطاب على الروايتين فيما إذا قضى دينه الثابت بغير إذنه، وهذا التخريج لا يصح لأن هذا لم يثبت وجوبه على المنكر. الشرح الكبير (٣/١٠)، المبدع (٤/٢٦٦).

(١) قوله: «وإن صالح الأجنبي إلخ» إذا لم يعترف الأجنبي للمدعي بصحة دعواه فالصلح باطل بلا نزاع أعلمه لأنه يشتري منه ما لم يثبت له ولا يتوجه إليه خصومة يفتدي منها أشبه ما لو اشترى منه ملك غيره، وإن اعترف له بصحة دعواه وكان المدعي به دينا لم يصح أيضا على الصحيح من المذهب لأنه اشترى ما لا يقدر البائع على تسلميه، ولأنه بيع للدين لغير من هو في ذمته وهو لا يصح، وإن كان المدعي به عينا فقال الأجنبي للمدعي أنا أعلم أنك صادق فصالحني عنها فإني قادر على استيفائها من المنكر صح الصلح وهو مذهب الشافعي لأنه اشترى منه ملكه الذي يقدر على قبضه، قال أصحابنا وإن عجز كان له الفسخ لأنه لم يسلم له المعقود عليه فكان له الرجوع إلى بدله، ويحتمل إن تبين له أنه لا يقدر على تسليمه تبين أن الصلح كان فاسدا لأن الشرط الذي هو القدرة على قبضه معدوم حال العقد فكان فاسدا كما لو اشترى عبده فبان آبقا أو ميتا، ولو اعترف له بصحة دعواه ولا يمكنه استنقاذه لم يصح الصلح. الشرح الكبير (٣/١٠-١١).

فصل

يصح الصلح عن القصاص بديات وبكل ما يثبت مهرا، ولو صالح سارقا ليطلقه أو شاهدا ليكتم شهادته أو شفيعا عن شفعته أو مقذوفا عن حده لم يصح الصلح وتسقط الشفعة[1] وفي الحد وجهان. وإن صالحه على أن يجري على أرضه أو سطحه ماء معلوما صح، ويجوز أن يشتري ممرا في دار وموضعا في حائطه يفتحه بابا وبقعة يحفرها بئرا وعلو بيت يبني عليه بنيانا موصوفا، فإن كان البيت غير مبني لم يجز في أحد الوجهين، وفي الآخر يجوز إذا وصف العلو والسفل ، وإن حصل في هوائه أغصان شجرة غيره فطالبه

«**ممرا**» الممر: موضع المرور، قاله الجوهري.

«**وبقعة يحفرها بئرا**» قال ابن عباد في كتاب «**المحيط**» البقعة والبقعة: يعني بضم الباء وفتحها: قطعة من الأرض على غير هيئة التي إلى جنبها، والجمع: بقاع، وبقع.

«**إذا وصف العلو والسفل**» قال ابن سيده: السفل والسفل يعني بضم السين وكسرها، والسفلة: نقيض العلو. والعلو، بضم العين وكسرها: نقيض السفل، حكاهما الجوهري، وغيره.

«**وإذا حصل في هوائه**» قال الجوهري: الهواء ممدودا: ما بين السماء والأرض، وكل خال هواء، وهوى النفس مقصور.

---

(١) قوله: «ولو صالح سارقا إلخ» إذا صالح السارق والزاني والشارب على أن لا يرفعه إلى السلطان لم يصح الصلح ولا يجوز له أخذ العوض عنه كسائر ما لا حق له فيه، وإن صالح شاهدا ليكتم شهادته لم يصح، وأما الشفعة فتسقط وهو المذهب وعليه الأكثر، وأما سقوط حد القذف ففيه وجهان، وهما مبنيان عند أكثر الأصحاب هل هو حق لله تعالى أو لآدمي؟ فيه روايتان، فإن قلنا: هو حق لله تعالى لم يسقط وإلا سقط، والصحيح من المذهب أنه حق للآدمي فيسقط. الشرح الكبير (١٢/٣).

على قوله «وإن صالحه على أن يجري على أرضه أو سطحه ماء معلوما صح» وطريق العلم إما بالمشاهدة وإما بمعرفة مساحته فيقدر في الأرض بالفدان وفي السطح إما بصغره أو كبره، ويشترط معرفة الموضع الذي يخرج منه إلى السطح فإن ذلك يختلف، فإن كان بعوض مع بقاء ملكه فإجارة وإلا فبيع، ولا يعتبر بيان عمقه ولا تعيين المدة إذ العقد على المنفعة في موضع الحاجة من غير تقدير مدة جائز كالنكاح. انظر المبدع (٢٧٠/٤).

بإزالتها لزمه[1]، فإن أبى فله قطعها، فإن صالحه عن ذلك بعوض لم يجز[2]، وإن اتفقا على أن الثمرة له أو بينهما جاز ولم يلزم، ولا يجوز أن يشرع إلى طريق نافذ جناحا ولا ساباطا ولا دكانا ولا أن يفعل ذلك في ملك إنسان ولا درب

«**ولا يجوز أن يشرع**» بفتح الياء والراء وبضم الياء وكسر الراء، يقال: شرعت بابًا إلى الطريق، وأشرعته، أي: فتحته، وقد استعمل المصنف رحمه الله «**يشرع**» بمعنى «**يخرج**»، فلعله من باب تضمين الفعل معنى فعل آخر.

«**جناحا**» إلى آخر الباب الجناح بالفتح من الطائر: معروف، ومن الإنسان: يده، ومن العسكر: جانبه، فسمي ما يخرج إلى الطريق من الخشب جناحًا تسمية له بذلك. والساباط: تقدم في صلاة أهل الأعذار.

والدكان: بضم الدال قال أبو السعادات. الدكان. الدكة المبنية للجلوس عليها و «النون» مختلف فيها، فمنهم من يجعلها أصلا، ومنهم من يجعلها زائدة، وقال الجوهري: الدكان: واحد الدكاكين، وهي الحوانيت فارسي معرب.

---

(١) قوله: «وإن حصل في هوائه إلخ» أي لأن الهواء ملك لصاحب القرار فوجب إزالة ما يشغله من ملك غيره، فإن امتنع المالك من إزالته لم يجبر؛ لأنه من غير فعله وإن تلف بها شيء لم يضمنه لذلك ويحتمل أن يجبر ويضمن ما تلف به إذا أمر بإزالته فلم يفعل بناء على ما إذا مال حائطه على ملك غيره. المبدع (٢٧١/٤).
على قوله: «فإن أبى فله قطعها» ولو عبر بالإزالة كغيره لكان أولى، فإن أمكنه إزالتها بغير قطع فقطعها ضمنها فإن لم يمكن فله قطعه. المبدع (٢٧١/٤).

(٢) قوله: «فإن صالحه إلخ» اختلف أصحابنا في ذلك، فقال أبو الخطاب لا تصح المصالحة عن ذلك بحال رطبا كان الغصن أو يابسا؛ لأن الرطب يزيد ويتغير واليابس ينقص وربما ذهب كله، وقال ابن حامد وابن عقيل يجوز رطبا كان الغصن أو يابسا؛ لأن الجهالة في المصالح عنه لا تمنع الصحة لكونها لا تمنع التسليم، وقال في المغني: والأولى بمذهب أحمد صحته، وكذلك الحكم فيما امتد من عروق شجرة إنسان إلى أرض جاره سواء أثرت ضررا مثل تأثيرها في المصانع وطي الآبار وأساسات الحيطان أو منعها من نبات شجر لصاحب الأرض أو زرع أو لم تؤثر، فإن الحكم في قطعه والصلح عنه كالحكم في الغصن إلا أن العروق لا ثمر لها. المبدع (٢٧٢/٤).
على قوله: «جاز ولم يلزم» إذ لزومه يؤدي إلى ضرر مالك الشجرة لتأبد استحقاق الثمرة عليه أو إلى ضرر مالك الهواء لتأبد بقاء الأغصان في ملكه. المبدع (٢٧٢/٤).

غير نافذ إلا بإذن أهله[1]، فإن صالح عن ذلك بعوض جاز في أحـــد الوجهين.

وقال ابن فارس: هو عربي مشتق من دكيت المتاع إذا نضدته. والدرب بسكون الراء: الطريق، وقيل هو بفتح الراء للنافذ، وبسكونها لغير النافذ، نقلهما أبو السعادات.

---

(١) قوله: «ولا يجوز أن يشرع إلخ» هذا المهذب، الجناح هو الروشن يكون على أطراف خشب مدفونة في الحائط وأطرافها خارجة إلى الطريق، وسواء كان يضر بالمارة في العادة أو لا يضر ولا يجوز أن يجعل عليها ساباطا بطريق الأولى وهو المستوفي لهواء الطريق كله على جدارين سواء كان الجدران في ملكه أو لم يكن، أذن الإمام في ذلك أو لم يأذن، وهو من مفردات المذهب، وحكي عن أحمد رحمه الله تعالى جوازه بلا ضرر واختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى وصاحب الفائق، ولا يجوز إخراج الميازيب إلى الطريق النافذ ولا إلى درب غير نافذ إلا بإذن أهله على الصحيح من المذهب وهو من المفردات، وفي المغني والشرح احتمال بالجواز مع انتفاء الضرر وحكي رواية عن أحمد رحمه الله تعالى، قال الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى: إخراج الميازيب إلى الدرب هو السنة واختاره قلت وعليه العمل في كل عصر ومصر. المبدع (٤/٢٧٣)، الإنصاف (٥/٢٢٨).

(فائدتان) إحداهما الصحيح من المذهب أن الجار يمنع من التصرف في ملكه بما يضر بجاره كحفر كنيف إلى جنب حائط جاره وبناء حمام إلى جنب داره يتأذى بذلك ونصب تنور يتأذى باستدامة دخانه وعمل دكان قصارة أو حدادة يتأذى بكثرة دقه أو رحى أو حفر بئر ينقطع بها ماء بئر جاره ونحو ذلك وعليه جماهير الأصحاب، فإن حفر بئرًا في ملكه فانقطع ماء بئر جاره أمر بسدها ليعود ماء البئر الأولى فإن لم يعد كلف صاحب البئر الأولى حفر البئر التي سدت لأجله، وعنه لا يكلف سد بئره ولو انقطع ماء جاره، قال القاضي فيخرج في المسائل التي قبلها روايتين.

(الثانية) لو ادعى أن بئره فسدت من خلاء جاره أو بالوعته طرح في الخلاء أو البالوعة نفط فإن لم يظهر طعم النفط ولا رائحته في البئر علم أن فسادها بغير ذلك وإن ظهر طعمه أو ريحه كلف صاحب الخلاء والبالوعة نقل ذلك إن لم يمكن إصلاحه هذا إذا كانت البئر أقدم منهما، وليس له منعه من تعلية داره ولو أفضى إلى سد الفضاء عن جاره قاله الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى قال في الفروع ويتوجه من قول أحمد رحمه الله تعالى «لا ضرر ولا ضرار» منعه، قال في الإنصاف قلت: وهو الصواب، وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى ليس له منعه خوفا من نقص أجرة ملكه بلا نزاع، ويلزم الأعلى بناء سترة تمنع مشارفة الأسفل على الصحيح من المذهب وهو من مفردات المذهب.

على قوله: «إلا بإذن أهله» لأن المنع لحقهم فإذا رضوا جاز.

وإذا كان ظهر داره في درب غير نافذ ففتح فيه لغير الاستطراق جاز ويحتمل أن لا يجوز، فإن فتحه للاستطراق لم يجز إلا بإذنهم[1] في أحد الوجهين، وإن صالحهم جاز، ولو أن بابه في آخر الدرب ملك نقله إلى أوله ولم يملك نقله إلى داخل منه في أحد الوجهين، وليس له أن يفتح في حائط جاره ولا في الحائط المشترك روزنة ولا طاقا إلا بإذن صاحبه، وليس له وضع خشبة عليه إلا عند الضرورة بأن لا يمكنه التسقيف[2] إلا به، وعنه ليس له وضع خشبه على جدار

«**والاستطراق**»: استفعال من الطريق، أي: ليجعله طريقًا له.

«**والروزنة**»: قال ابن السكيت: الروزنة: الكوة، وهي معربة.

«**والطاق**»: الفارغ ما تحته وهى الحَنيَّة وتسمى الأزج أيضًا. كله عن ابن قرقول. وقال ابن عباد: الطاق: عقد البناء حيث ما كان، والجمع: الأطواق، والطيقان.

---

(١) على قوله: «فإن فتحه للاستطراق لم يجز» إذ لا حق له في الدرب الذي هو ملك غيره. المبدع (٤/٢٧٤).
على قوله: «في أحد الوجهين» هو متعلق بقوله لم يجز إلا المستثنى.
على قوله: «ملك نقله إلى أوله» أي بلا ضرر.
على قوله: «وليس له أن يفتح» أي يحرم عليه. المبدع (٤/٢٧٦).
على قوله: «روزنة ولا طاقا» لأنه انتفاع بملك غيره وتصرف فيه بما يضره وكذا يحرم غرز وتد. المبدع (٤/٢٧٦).

(٢) قوله: «وليس له وضع خشبة إلخ» أما وضع خشبة عليه فلا يجوز إذا كان يضر بالحائط لا نعلم فيه خلافا لقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار» وإن كان لا يضر به إلا أن به غنى عنه لإمكان وضعه على غيره فقال أكثر أصحابنا: لا يجوز، وهو الصحيح من المذهب وهو قول الشافعي وأبي ثور؛ لأنه انتفاع بملك غيره بغير إذنه من غير ضرورة واختار ابن عقيل جوازه لما روى أبو هريرة ﷺ أنه ﷺ قال: «لا يمنع أحدكم جاره أن يضع خشبه على جداره» متفق عليه، فأما إن دعت الحاجة إلى ذلك جاز للخبر وهو من المفردات. المبدع (٤/٢٧٦).
(فائدة) لو كان له حق ماء يجري على سطح جاره لم يجز له تعلية سطحه ليمنع الماء، ولو ملك وضع خشبه على حائط فزال لسقوطه أو قلعه أو سقوط الحائط ثم أعيد فله إعادة خشبه إن حصل له ضرر بتركه ولم يخش على الحائط من وضعه عليه، وإن خيف سقوط الحائط بعد وضعه عليه لزم إزالته. انظر الإنصاف (٥/٢٣٧).

المسجد، وهذا تنبيه على أنه لا يضع على جدار جاره، وإن كان بينهما حائط تهدم فطالب أحدهما صاحبه ببنائه معه أجبر عليه[1]، وعنه لا يجبر لكن ليس له منعه من بنائه، فإن بناه بآلته فهو بينهما، وإن بناه بآلة من عنده فهو له وليس للآخر الانتفاع به، فإن طلب ذلك خير الباني بين أخذ نصف قيمته منه وبين أخذ آلته، وإن كان بينهما نهر أو بئر أو دولاب أو ناعورة أو قناة واحتاج إلى عمارة ففي إجبار الممتنع روايتان، وليس لأحدهما منع صاحبه من عمارته فإذا عمره فالماء بينهما على الشركة.

والجدار والجدر: الحائط. والآلة: الأداة أي شيء كانت كذا ذكره صاحب «الوجوه والنظائر» والمراد بها: الأنقاض. والباني بالباء الموحدة: اسم فاعل من بنى يبني، وليس بالثاء المثلثة، كذا قرأته على شيخيَّ اللذين أخذاه عن مصنفه أَبَوَيْ الفرج عبد الرحمن المقدسي، والحراني، رحمهما الله تعالى وإياي.

والنهر: بفتح الهاء وسكونها لغتان مشهورتان لهذا المعروف، ويجمع في القلة على أنهار، وفي الكثرة على نهور بضم النون والهاء مشتق من إنهار الدم: إسالته. **البئر:** مؤنثة مهموزة، ويجوز تخفيفها، وجمعها في القلة أبآر وآبار بالمد على القلب، وأبْؤر، وفي الكثرة على بيار.

---

(١) قوله: «وإن كان بينهما حائط إلخ» المذهب يجبر لأن في ترك بنائه إضرارا فيجبر عليه، وعنه لا يجبر اختاره المصنف والشارح وهو مذهب أبي حنيفة، وإذا قلنا يجبر وامتنع أجبره الحاكم على ذلك فإن لم يفعل أخذ الحاكم من ماله وأنفق عليه، فإن لم يكن له عين مال باع من عروضه، فإن تعذر اقترض عليه. المبدع (٢٧٨/٤).

(فائدة) يجبر الشريك على العمارة مع شريكه في الأملاك المشتركة على الصحيح من المذهب والروايتين، ولو أراد بناء حائط بين ملكيهما لم يجبر الممتنع منهما، وقال في الفائق و لم يفرق بعض الأصحاب، اختاره شيخنا يعني به الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى. الإنصاف (٢٤٢/٥).

(فائدة) لو اتفقا على بناء حائط أو بستان فبنى أحدهما فما تلف من الثمرة بسبب إهمال الآخر يضمنه الذي أهمل قاله الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى. الإنصاف (٢٤٢/٥).

على قوله: «أجبر عليه» لقوله عليه الصلاة والسلام «لا ضرر ولا ضرار». المبدع (٢٧٨/٤).

على قوله: «ففي إجبار الممتنع روايتان» أشهرهما الإجبار بناء على الحائط المنهدم. المبدع (٢٨٠/٤).

كتاب الحجر[1]

وهو ضربان: حجر لحق الغير[2] فذكر منه ههنا الحجر على المفلس، ومن لزمه دين مؤجل لم يطالب به قبل أجله، ولم يحجر عليه من أجله[3] فإن أراد سفرا يحل الدين قبل مدته فلغريمه منعـــه إلا أن يوثقه برهن أو كفيل[4]،وإن كان

والدولاب: قال الجوهري واحد الدواليب، فارسي معرب، وحكى غيره فيه ضم الدال وفتحها.

والناعورة: قال الجوهري: الناعورة: واحدة النواعير التي يستقى بها يديرها الماء ولها صوت، قال ابن عباد: والناعورة: ضرب من الدلاء يستقى بها.

والناعورة: مضيق في نهر في صبب، كالميزاب، ومنه ناعورة الرحا المركبة على الجناح.

والقناة: هي الآبار التي تحفر في الأرض متتابعة ليستخرج ماؤها، ويسيل على وجه الأرض.

وقنى: جمع قناة كثمرة وثمر، وقنوات كسنوات، وقني جمع الجمع؛ لأن فعلة لا يجمع على فعول إلا في خمسة ألفاظ وقد نظمتها في هذا البيت:

فعـــول علـــى فعلـــة بدرة　　صـــخور علـــوم مؤون هزوم

---

(١) حجر المفلس عبارة عن منع الحاكم من عليه دين حال يعجز عنه ماله الموجود مدة الحجر من التصرف فيه.

(٢) قوله: «حجر لحق الغير» أي كالحجر على المفلس والمريض بما زاد على الثلث والعبد والمكاتب (والمشتري ماله في البلد)، إذا كان الثمن في البلد على ما تقدم في آخر فصل خيار التولية والراهن والزوجة بما زاد على الثلث في التبرع، والحجر لحظ نفسه كالحجر على الصغير والمجنون والسفيه فهذه عشرة أسباب للحجر فمن ذلك الحجر على المفلس لحق الغرماء وهو المذكور هاهنا. انظر المبدع (٢٨١/٤).

(٣) قوله: «ومن لزمه دين مؤجل إلخ» أي لأنه لا يستحق المطالبة به، فإن كان بعض دينه مؤجلا وبعضه حالا وكان ماله يفي بالحال لم يحجر عليه أيضا، قال بعض أصحاب الشافعي: إن ظهرت أمارات الفلس لكون ماله بإزاء دينه ولا نفقة له إلا من ماله حجر عليه في أحد الوجهين. الشرح الكبير (٥٣١/٢).

(٤) قوله: «فإن أراد سفرا إلخ» هذا بلا نزاع؛ لأن في تأخيره ضررا، فإن أقام ضمينا مليئا أو دفع رهنا يفي بالدين فله السفر لزوال الضرر. المبدع (٢٨٢/٤).

كتاب الحجر

«**الحجر**» بفتح الحاء وهو في اللغة: المنع[1]، وفي الشرع: التضييق، ومنه سمي الحرام حجرًا بكسر الحاء وفتحها وضمها، ويسمى العقل حجرًا، لكونه يمنع صاحبه من ارتكاب ما يقبح وتضر عاقبته. وهو في الشريعة: منع الإنسان من التصرف[2]، وهو أنواع:

أحدها: الحجر على الصبي، والثاني: على المجنون، والثالث: الحجر على السفيه. والرابع: الحجر على المفلس بحق الغرماء، والخامس: الحجر على المريض في التبرع لوارث، أو لأجنبي بزيادة على الثلث، والسادس: الحجر على المكاتب والعبد لحق سيدهما، والسابع: الحجر على الراهن في الرهن لحق المرتهن، والثامن: المرتد يحجر عليه لحق المسلمين، يقال: حجر الحاكم يحجُر ويحجِر بضم الجيم وكسرها.

«**على مفلس**» قال المصنف رحمه الله في «المغني» هو: الذي لا مال له، ولا ما يدفع به حاجته، وإنما سمي مفلسًا؛ لأنه لا مال له إلا الفلوس، وهي أدنى أنواع المال، والمفلس في عرف الفقهاء: من دينه أكثر من ماله، وخرجه أكثر من دخله، ويجوز أن يكون سمي بذلك لما يؤول إليه من عدم ماله بعد وفاء دينه، ويجوز أن يكون سمي بذلك؛ لأنه يمنع من التصرف في ماله إلا الشيء التافه، كالفلوس، ونحوها. وقال أبو السعادات: معناه: صارت دراهمه فلوسًا، وقيل: صار إلى حال يقال: ليس معه فليس.

«**فلغريمه**» الغريم هنا: رب الدين قال الجوهري: الغريم: الذي عليه الدين، وقد يكون الذي له الدين، قال كثير:

قَضَى كُلُّ ذِي دَيْنٍ فَوفى غَرِيمه ... وَعَزَّةُ مَمْطُولٌ مُعَنّىً غَرِيمُها

(١) انظر الصحاح (٢/٦٢٣)، لسان العرب (٥/٢٣٩).

(٢) انظر المغني لموفق الدين (٤/٥٠٨).

لا يحل قبله ففي منعه روايتان[1]. وإن كان حالا وله مال يفي بدينه لم يحجر عليه ويأمره الحاكم بوفائه، فإن أبى حبسه، فإن أصر باع ما له وقضى دينه، وإن ادعى الإعسار وكان دينه عن عوض كالبيع والقرض أو عرف له مال سابق حبس إلا أن يقيم البينة على نفاد ماله وإعساره[2]، وهل يحلف معها؟ على وجهين،

«**يفي به**» بغير همز، أي: لا يتم به وفاؤه، مضارع: وفى، قال أبو السعادات: يقال وفى بالشيء وأوفى ووفي بمعنى.

«**أصر**» أي: أقام على الامتناع، عن ابن القطاع وغيره.

«**ادعى الإعسار**» الإعسار: الإضاقة، عن ابن فارس. وفي «صحيح مسلم» «**وأتجوز عن المعسر**» وقال ابن القطاع: عسرتك عسرا وأعسرتك: طلبت منك الدين على عسرة، فالمعسر على هذا: المضيق، والمطالب له.

---

(١) قوله: «فإن كان إلخ» ظاهر كلام المصنف أن الروايتين في السفر سواء كان مخوفا أو غير مخوف، ولعله الصواب، ومحلهما عند صاحب الفروع إذا كان السفر مخوفا كالجهاد، وقال الشافعي: ليس له منعه من السفر ولا المطالبة بكفيل إذا كان الدين مؤجلا بحال. الشرح الكبير (٢/٥٣١).

(فائدة) اختار الشيخ تقي الدين أن من أراد سفرا وهو عاجز عن وفاء دينه أن لغريمه منعه حتى يقيم كفيلا ببدنه، قلت: من قواعد المذهب أن العاجز عن وفاء دينه إذا كان له حرفة يلزم بإيجار نفسه لقضاء الدين فلا يبعد أن يمنع ليعمل، ولو مطل غريمه حتى أحوجه إلى الشكاية فما غرمه بسبب ذلك يلزم المماطل جزم به في الفروع وقاله الشيخ تقي الدين رحمه الله. انظر الإنصاف للمرداوي (٥/٢٤٧).

(٢) قوله: «وإن ادعى الإعسار إلخ» وجملته أن من وجب عليه دين حال فطولب به ولم يؤده فإن كان في يده مال ظاهر أمره الحاكم بالقضاء، وإن لم يظهر له مال فادعى الإعسار فصدقه غريمه لم يحبس ووجب إنظاره لقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ﴾ الآية، ولقوله عليه الصلاة والسلام لغرماء الذي كثر دينه: «خذوا ما وجدتم ثم ليس لكم إلا ذلك» فإن كذبه غريمه فلا يخلو إما أن يكون عرف له مال أو لم يعرف، فإن عرف له مال لكون الدين ثبت عن معاوضة كالبيع والقرض أو عرف له أصل مال سوى هذا فالقول قول غريمه مع يمينه، فإذا حلف أنه ذو مال حبس حتى تشهد البينة بإعساره وظاهر كلامهم أنه متى توجه حبسه حبس ولو كان أجيرا في مدة الإجارة أو امرأة مزوجة. الشرح الكبير (٢/٥٣٢).

على قوله: «وإن لم يكن كذلك» أي لم يكن دينه عن عوض كأرش جناية أو قيمة متلف أو مهر أو عوض خلع أو ضمان ولم يقر بالملاءة ولم يعرف له مال سابق. المبدع (٤/٢٨٥).

على قوله: «وإن كان له مال لا يفي بدينه» أي الحال ولا كسب له ولا ما ينفق منه غيره ولو خيف تصرفه فيه. المبدع (٤/٢٨٥).

فإن لم يكن كذلك حلف وخلي سبيله. وإن كان له مال لا يفي بدينه فسأل غرماؤه الحاكم الحجر عليه لزمته إجابتهم ويستحب إظهاره والإشهاد عليه.

فصل

ويتعلق بالحجر عليه أربعة أحكام[1]: (**أحدها**) تعلق حق الغرماء بماله فلا يقبل إقراره عليه ولا يصح تصرفه فيه إلا العتق على إحدى الروايتين، وإن تصرف في ذمته بشراء أو ضمان أو إقرار صح وتتبع به بعد فك الحجر عنه[2]، وإن جنى شارك المجني عليه الغرماء، وإن جنى عبده قدم المجني عليه بثمنه. (**الثاني**) أن من وجد عنده عينـًا باعها إياه فهو أحق[3] بها بشرط أن يكون المفلس

«**حلف**» يقال: حُلفَ وأُحْلِفَ واسْتُحلِف كله بمعنًى.

«**وخلي سبيله**» السبيل: الطريق يذكر ويؤنث ويجوز رفعه مفعولاً قائمًا مقام الفاعل، ويجوز نصبه على الظرف والقائم مقام الفاعل مضمرًا، أي: خلى هو في سبيله.

---

(١) قوله: «ويتعلق بالحجر عليه إلخ» اعلم أنه إذا كان عليه دين أكثر من ماله وتصرف فلا يخلو إما أن يكون تصرفه قبل الحجر أو بعده، فإن كان قبل الحجر صح تصرفه على الصحيح من المذهب نص عليه وعليه جماهير الأصحاب ولو استغرق جميع ماله، وقيل لا ينفذ تصرفه ذكره الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى وحكاه رواية واختاره. وسأله جعفر يتصدق بشيء من عليه دين، قال: الشيء اليسير وقضاء دينه أوجب عليه، قال في الإنصاف وهذا القول هو الصواب، وإن تصرف بعد الحجر عليه فلا يخلو إما أن يتصرف بالعتق أو بغيره فإن تصرف بالعتق ففيه روايتان؛ إحداهما: لا ينفذ وهي المذهب وصححها في المغني والشرح؛ لأنه ممنوع من التبرع لحق الغرماء. انظر المبدع (٢٨٦/٤).

(٢) قوله: «وإن تصرف في ذمته إلخ» هذا المذهب لأنه أهل للتصرف فالحجر متعلق بماله لا بذمته. المبدع (٢٨٧/٤)، الإنصاف (٢٥٦/٥).

(٣) قوله: «الثاني أن من وجد إلخ» روي عن علي وعمار وأبي هريرة رضي الله عنهم وبه قال مالك والشافعي لحديث أبي هريرة ﷺ أن النبي ﷺ قال: «من أدرك متاعه عند إنسان أفلس فهو أحق به» متفق عليه وهو على التراخي كالرجوع في الهبة، وقيل على الفور نصره القاضي كخيار الشفعة، وهما مبنيان على الروايتين في الرد بالعيب، فلو بذل الغرماء الثمن لصاحب السلعة لم يلزمه قبوله نص عليه، فإن دفعوا الثمن إلى المفلس فبذله للبائع لم يكن له الفسخ، وظاهره اختصاص هذا الحكم بالبيع وليس كذلك فلو فترض مالا ثم أفلس وعين المال قائمة فله الرجوع، أو أصدق امرأة عينًا ثم انفسخ نكاحها بسبب من جهتها يسقط صداقها إن طلقها قبل الدخول فاستحق الرجوع في نصفه وقد أفلست ووجد عين ماله فهو أحق بها، وظاهره أنه لا رجوع لورثة البائع لظاهر الخبر والأصح يثبت لهم. الشرح الكبير (٥٣٥/٢).

حيا[1] ولم ينقد من ثمنها شيئا[2] والسلعة بحالها لم يتلف بعضها[3] ولم تتغير صفتها بما يزيل اسمها كنسج الغزل وخبز الدقيق[4] ولم يتعلق بها حق من شفعة[5] أو جناية[6] أو رهن[7] ونحوه ولم تزد زيادة متصلة كالسمن وتعلم صنعة، وعنه

---

(١) قوله: «بشرط إلخ» لما روى أبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام أن النبي ﷺ قال: «أيما رجل باع متاعا فأفلس الذي ابتاعه ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئا فوجد متاعه بعينه فهو أحق به، وإن مات المشتري فصاحب المتاع أسوة الغرماء» رواه مالك وأبو داود مرسلا ورواه مسندا من حديث إسماعيل بن عياش، فعلى هذا البائع أسوة الغرماء سواء علم بفلسه قبل الموت فحجر عليه ثم مات أو مات فتبين فلسه. المبدع (٤/٢٨٩).

(٢) قوله: «ولم ينقد إلخ» أي ولا أبرئ من بعضه فإن كان فهو أسوة الغرماء. انظر المبدع (٤/٢٨٩).

(٣) قوله: «والسلعة إلخ» للخبر، فلو ذهب بعض أطراف العبد أو عينه أو بعض الثوب أو انهدم بعض الدار أو تلفت الثمرة فيما إذا اشترى ثمرا مثمرا فهو أسوة الغرماء، ولا فرق بين أن يرضى بالموجود بجميع الثمن أو يأخذه بقسطه منه؛ لأنه فات شرط الرجوع، وكذا لم يزل ملكه عن بعضها ببيع أو هبة أو وقف أو غيره إن كان عينا واحدة، فإن كان المبيع عينين كعبدين وثوبين ونحوهما فتلف أحدهما أو نقص ونحوه رجع في العين الأخرى بحصتها على الصحيح من المذهب، وعنه له أسوة الغرماء. المبدع (٤/٢٩٠).

(٤) قوله: «ولم تتغير صفتها إلخ» وكجعل الزيت صابونا والخشبة بابا، لأنه لم يجد متاعه بعينه، ولو وطئ البكر امتنع الرجوع على الصحيح من المذهب ووطء غيره كهو، وقيل لا يمنع اختاره القاضي، وعلى المذهب لو وطئ الثيب كان له المرجوع على الصحيح من المذهب، ولا يمنع الأخذ تزويج الأمة فإذا أخذها البائع بطل النكاح في الأقيس قاله في الرعاية الكبرى، قال في الإنصاف: والصواب عدم البطلان، ولو خرجت السلعة عن ملكه قبل الحجر ورجعت بعد الحجر فقيل: له الرجوع، قال في الإنصاف: وهو الصحيح من المذهب. المبدع (٤/٢٩٠)، الإنصاف (٥/٢٥٧).

(٥) قوله: «ولم يتعلق بها إلخ» هذا الصحيح من المذهب؛ لأن حقه أسبق لكونه ثبت بالبيع والبائع حقه ثبت بالحجر وما كان أسبق فهو أولى، وقال ابن حامد للبائع أخذه لعموم الخبر، وفي ثالث إن طالب بها فهو أحق لتأكد حقه بالمطالبة وإلا فلا. المبدع (٤/٢٩١)، الإنصاف (٥/٢٦١).

(٦) قوله: «أو جناية» فإن كان المبيع عبدا فجنى ثم أفلس المشتري فالمذهب أن البائع أسوة الغرماء؛ لأن الرهن يمنع الرجوع وحق الجناية مقدم عليه، والثاني لا يمنع. المبدع (٤/٢٩١).

(٧) قوله: «أو رهن» بغير خلاف نعلمه للخبر فإن كان دين الرهن دون قيمة الرهن بيع

أن الزيادة لا تمنع الرجوع[1]، فأما الزيادة المنفصلة والنقص بهزال أو نسيان صنعة فلا يمنع الرجوع، والزيادة للمفلس[2]، وعنه للبائع، وإن صبغ الثوب أو قصره لم يمنع الرجوع والزيادة للمفلس، وإن غرس الأرض وبنى فيها فله الرجوع ودفع قيمة الغراس والبناء فيملكه إلا أن يختار المفلس والغرماء القلع ومشاركته بالنقص، وإن أبوا القلع وأبى دفع القيمة سقط الرجوع.

(**الحكم الثالث**) بيع الحاكم ما له وقسم ثمنه، وينبغي أن يحضره ويحضر الغرماء ويبيع كل شيء في سوقه ويترك له من ماله ما تدعو إليه حاجته من مسكن وخادم وينفق

«**نسج الغزل وخبز الدقيق**» بفتح أولهما مصدر نسج وغزل.

«**بهزال**» الهزال، بضم الهاء: ضد السمن، يقال: هزلت الدابة هزالا وهزلتها أنا، وأهزلتها: أعجفتها.

«**ودفع قيمة الغراس والبناء**» الغراس: بكسر الغين فسيل النخل، وما يغرس من الشجر.

والبناء: مصدر بنى يبني وهو هنا بمعنى المفعول، كالخلق بمعنى المخلوق.

=

كله فقضى منه دينه وباقيه يرد على مال المفلس، فإن بيع بعضه فباقيه يشترك فيه الغرماء. انظر المبدع (٤/٢٩١).

على قوله: «كالسمن وتعلم صنعة» قال في الإنصاف: وهو الصحيح من المذهب. الإنصاف (٥/٢٦٢).

(١) قوله: «وعنه أن الزيادة إلخ» وهو المنصوص عن أحمد وهو المذهب قاله في المبدع لعموم الخبر. المبدع (٤/٢٩٢).

على قوله: «فأما الزيادة المنفصلة» كالولد والثمرة. المبدع (٤/٢٩٢).

على قوله: «فلا يمنع الرجوع» بغير خلاف بين أصحابنا. الإنصاف (٥/٢٦٣).

على قوله: «وعنه البائع» وهي المذهب. الإنصاف (٥/٢٦٤).

(٢) قوله: «والزيادة للمفلس» صححه في المغني والشرح، لأنها زيادة حصلت في ملكه يؤيده الخراج بالضمان ورجوع البائع فسخ للبيع لا يحتاج إلى معرفة المبيع ولا إلى القدرة على تسليمه، فلو رجع فيمن أبق صح وصار له فإن قدر أخذه وإن تلف فمن ماله، وإن بان تلفه حين استقر حقه بطل استرجاعه، فإن رجع في مبيع اشتبه بغيره قدم تعيين المفلس لإنكاره دعوى استحقاق البائع، وإن مات بائع مدينا فمشتر أحق بطعام وغيره ولو قبل قبضه نص عليه. المبدع (٤/٢٩٣)، الإنصاف (٥/٢٦٤).

عليه بالمعروف إلى أن يفرغ من قسمه بين غرمائه[1]، ويبدأ ببيع ما يسرع إليه الفساد ثم بالحيوان ثم بالأثاث ثم بالعقار، ويعطي المنادي أجرته من المال، ويبدأ بالمجنى عليه فيدفع إليه الأقل من الأرش أو ثمن الجاني[2] ثم بمن له رهن[3] فيخص بثمنه، وإن فضل له فضل ضرب به مع الغرماء، وإن فضل منه فضل رد على المال، ثم بمن لــه عين مال يأخذها، ثم يقســم الباقي بين باقي الغرماء على قدر ديوهم،

«**من مسكن**» بفتح الكاف وكسرها وهو: المنزل والبيت.

«**وخادم**» الخادم: واحد الخدم غلامًا كان أو جارية، وأخدمه: أعطاه خادمًا، وجاء بغير هاء إجراءً له مجرى الأسماء الجامدة.

«**ثم بالأثاث ثم بالعقار**» الأثاث: متاع البيت. قال الفراء: لا واحد له. وقال أبو زيد: الأثاث: المال جمع، واحدته أثاثة، والأول: المراد هنا، قال الجوهري: العقار بالفتح: الأرض، والضياع، والنحل، ومنه قولهم: ما له دار ولا عقار. وقال شيخنا رحمه الله في «**مثلثه**»: العقار متاع البيت، وخيار كل شيء، والمال الثابت، كالأرض والشجر، والمراد هنا ما قاله الجوهري.

«**ويعطي المنادي**» المنادي: هو السمسار وهو: الذي يدخل بين البائع والمشتري لإمضاء البيع.

---

(١) قوله: «وينفق عليه إلخ» لقوله عليه الصلاة والسلام «ابدأ بنفسك ثم بمن تعول» ولأن ملكه باق عليه قبل القسمة، وذكر في المغني والشرح أنه ينفق عليه من ماله إن لم يكن له كسب، ولم يتعرض المؤلف لنفقة عياله وكسوهم، ولا خلاف في وجوب نفقة زوجته وتكون دينا عليه وكسوها وكذا أولاده وأقاربه، والواجب فيهما أدنى ما ينفق على مثله ويكسى ويترك له آلة حرفة أو ما يتجر به إن عدمها نص عليه. انظر المبدع (٢٩٧/٤).

(٢) قوله: «فيدفع إليه الأقل إلخ» أي لأن الأقل إن كان الأرش فهو لا يستحق إلا أرش الجناية، وإن كان ثمن الجاني فهو لا يستحق غيره؛ لأن حقه متعلق بعينه. المبدع (٢٩٨/٤).

(٣) قوله: «ثم بمن له رهن» المذهب أنه مقيد بالملزوم فيختص بثمنه سواء كان بقدر دينه أو لا ويختص المرهن بثمنه بشرطه وسواء كان المفلس حيا أو ميتا. المبدع (٢٩٨/٤).
(فائدة) لم يذكر المؤلف حكم مستأجر العين حيث أفلس المؤجر وهو أحق بها؛ لأن حقه متعلق بالعين والمنفعة وهي مملوكة له في هذه المدة بخلاف ما لو استأجرها في الذمة فإنه أسوة الغرماء لعدم تعلق حقه بالعين. الإنصاف (٢٧١/٥).

فإن كان فيهم من له دين مؤجل لم يحل[1]. وعنه أنه يحل فيشاركهم. ومن مات وعليه دين مؤجل لم يحل إذا وثق الورثة[2]، وعنه أنه يحل، وإن ظهر غريم بعد قسم ماله رجع على الغرماء بقسطه[3]، وإن بقي على المفلس بقية وله صنعة فهل يجبر على إيجار نفسه لقضائها؟ على روايتين[4]. ولا ينفك عنه الحجر إلا بحكم حاكم[5]، فإذا فك عنه الحجر فلزمته ديون وحجر عليه شارك غرماء الحجر الأول غرماء الحجر الثاني، وإن كان للمفلس حق له به شاهد فأبى أن يحلف معه لم يكن لغرمائه أن يحلفوا.

(الحكم الرابع) انقطاع المطالبة عنه، فمن أقرضه شيئا أو باعه لم يملك مطالبته حتى يفك الحجر عنه[6].

---

(١) قوله: «فإن كان فيهم إلخ» هذا المذهب لأن الأجل حق للمفلس فلا يسقط بفلسه كسائر حقوقه، وعنه يحل دفعا للضرر عن ربه، ولأن الإفلاس يتعلق به الدين بالمال فأسقط الأجل كالموت وبه قال مالك. الشرح الكبير (٢/٥٥٤).

(٢) قوله: «ومن مات إلخ» هذا المذهب إذا وثق الورثة بأقل الأمرين من قيمة التركة أو الدين بكفيل مليء أو رهن؛ لأن الأجل حق للميت فورث عنه كسائر حقوقه، وعنه يحل وبه قال النخعي والشعبي ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي. انظر الشرح الكبير (٢/٥٥٤)، الإنصاف (٥/٢٧٥).

(٣) قوله: «وإن ظهر غريم إلخ» هذا المذهب لأنه لو كان حاضرا شاركهم. المبدع (٤/٣٠٠).

(٤) قوله: «وإن بقيت على المفلس إلخ» الصحيح من المذهب أنه يجبر وهو من المفردات، والثانية لا؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ﴾ الآية ولقوله عليه الصلاة والسلام «خذوا ما وجدتم ثم ليس لكم إلا ذلك» رواه مسلم. المبدع (٤/٣٠١).

(٥) قوله: «ولا ينفك الحجر إلخ» هذا المذهب أي لأنه ثبت بحكمه فلا يزول إلا به وقيل يزول بقسمة ماله؛ لأنه حجر عليه لأجله فإذا زال ملكه عنه زال الحجر. المبدع (٤/٣٠١).

(٦) قوله: «فمن أقرضه إلخ» هذا المذهب لأنه هو الذي أتلف ما له بمعاملة من لا شيء له، لكن إذا وجد المقرض والبائع أعيان ما لهما فهل لهما الرجوع فيهما؟ على وجهين؛ أحدهما: له ذلك للخبر، والثاني: لا فسخ؛ لأنهما دخلا على بصيرة بخراب الذمة. المبدع (٤/٣٠٢).

فصل

(الضرب الثاني) المحجور عليه لحظه وهو الصبي والمجنون والسفيه، فلا يصح تصرفهم قبل الإذن(١)، ومن دفع إليهم ماله ببيع أو قرض رجع فيه ما كان باقيًا، وإن تلف فهو من ضمان مالكه علم بالحجر أو لم يعلم(٢)، وإن جنوا فعليهم أرش الجناية(٣). ومتى عقل المجنون وبلغ الصبي ورشدا انفك الحجر عنهما بغير حكم حاكم ودفع إليهما مالهما(٤)، ولا ينفك قبل ذلك بحال، والبلوغ يحصل بالاحتلام

«**ورشدا**» تقدم ذكر الرشد في أول كتاب البيع أيضًا، ورشدا بالألف ضمير الصبي والمجنون.

«**بالاحتلام**» الاحتلام: مصدر احتلم: إذا رأى في نومه، تقول: احتلم، وحلم

---

(١) قوله: «فلا يصح تصرفهم قبل الإذن» هذا المذهب لأن تصحيح تصرفهم يفضي إلى ضياع أموالهم، وظاهره أن هبة الصبي لا تصح ولو كان مميزا وهو صحيح وهو المذهب. المبدع (٤/٣٠٣).

(٢) قوله: «ومن دفع إليهم ماله إلخ» هذا المذهب لتفريطه، وقيل يضمن المجنون، وقيل يضمن السفيه إذا جهل أنه محجور عليه، واختار في الرعاية الصغرى الضمان مطلقا أي في السفيه، واختاره ابن عقيل، قال في الإنصاف وهو الصواب كتصرف العبد بغير إذن سيده، ومحل هذا إذا كان صاحب المال قد سلطه عليه كالبيع والقرض ونحوهما كما قال المصنف، فأما إن حصل في أيديهم باختيار صاحبه من غير تسليط كالوديعة والعارية ونحوهما فأتلفوه فقيل يضمنون وقيل لا، ويأتي في كلام المصنف في باب الوديعة محررا بأتم من هذا إن شاء الله تعالى. انظر المبدع (٤/٣٠٣).

(٣) قوله: «فإن جنوا إلخ» بلا نزاع لأنه لا تفريط من المالك، والإتلاف يستوي فيه الأهل وغيره، ويضمنون أيضًا إذا أتلفوا شيئًا لم يدفع إليهم كالمغصوب.

(٤) قوله: «ومتى عقل المجنون إلخ» هذا المذهب، أما المجنون فبالاتفاق قاله في المغني والشرح وفيه وجه، وأما الصبي فلأن اشتراط ذلك زيادة على النص في قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا ﴾ ولأنه محجور عليه بغير حكم حاكم فيزول بغير حكمه وسواء رشده الولي أو لا، قال الشيخ تقي الدين: فلو نوزع في الرشد فشهد شاهدان قبل ومع عدمها له اليمين على وليه أنه لا يعلم رشده، ولو تبرع وهو تحت الحجر فقامت بينة برشده نفذ. المبدع (٤/٣٠٣).

(فائدة) إذا كان لرجل مال وهو مقتر على نفسه ويضيق على عياله ويمنعهم من تناول الأشياء التي يتناولها أدنى الناس فيحجر الحاكم عليه بمعنى أنه ينصب له وليا ينفق عليه وعلى عياله بالمعروف وفيه احتمال. المبدع (٤/٣٠٤).

أو بلوغ خمس عشرة سنة أو نبات الشعر الخشن حول القبل[1]، وتزيد الجارية بالحمل والحيض[2]، والرشد الصلاح في المال[3]، ولا يدفع إليه ماله حتى يختبر[4]، فإن كان من أولاد التجار فبأن يتكرر منه البيع والشراء فلا يغبن، وإن كان من أولاد الرؤساء والكتاب فبأن يستوفي على وكيله فيما وكله فيه،

بفتح الحاء واللام حَلَما، وحُلُما بضم اللام وسكونها مع ضم الحاء والمراد هنا: إنزال المني ولو كان مستيقظًا، ولو رأى في نومه أنه يجامع ولم ينزل، لم يحكم ببلوغه.

«**من أولاد التجار**» بضم التاء وتشديد الجيم جمع تاجر، وهو مقيس في فاعل صفة مذكر عاقل، كضارب، وضراب. وحكى ابن سيده في «**المحكم**»: تجار بكسر التاء وتخفيف الجيم وهو: جمع تجر، وتجر جمع تاجر، كصاحب وصحب، وصحاب. «**من أولاد الرؤساء**» الرؤساء: جمع رئيس كنبيء بالهمز وبياء وفعيل، إن كان

---

(١) قوله: «يحصل بالاحتلام إلخ» هذا المذهب أما أولا فلقوله تعالى: ﴿ وَإِذَا بَلَغَ ٱلْأَطْفَـٰلُ ﴾الآية ولقوله عليه الصلاة والسلام: «وعن الصبي حتى يحتلم» وأما ثانيا فلما روى ابن عمر - رضي الله عنهما - قال: «عرضت على النبي ﷺ يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني وعرضت عليه يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة فأجازني» متفق عليه، ولمسلم «فاستصغرني وردني مع الغلمان» فإن قلت بين أحد والخندق سنتان وجوابه أن عرضه يوم أحد كان في أول سنة أربع عشرة وعند الخندق عند استكمال خمس عشرة لا يقال إجازته يوم الخندق لقوته لا لبلوغه فإن في رواية البيهقي بإسناد حسن «ولم يرني بلغت» وهي رافعة للسؤال، والمراد استكمال خمس عشرة، أما ثالثا فلقصة سعد بن معاذ وفيه «وأمر أن يكشف عن مؤتزرهم فمن أنبت فهو من المقاتلة ومن لم ينبت فهو من الذرية، فبلغ ذلك النبي ﷺ فأقره» الحديث متفق عليه. انظر المبدع (٤/٣٠٤).

(٢) قوله: «وتزيد الجارية إلخ» بغير خلاف نعلمه. المبدع (٤/٣٠٥).
على قوله: «والحمل» أي لأنه دليل إنزالها. المبدع (٤/٣٠٥).

(٣) قوله: «والرشد إلخ» أي لا غير وهو المذهب، وهو قول أكثر العلماء لقوله تعالى: ﴿ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا ﴾ الآية قال ابن عباس - رضي الله عنهما - صلاحا في أموالهم، وقيل: والدين، اختاره ابن عقيل واستدل ابن عقيل بالآية لأنها نكرة في سياق الإثبات فتعم. المبدع (٤/٣٠٦).

(٤) قوله: «ولا يدفع إليه إلخ» لقوله تعالى: ﴿ وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَـٰمَىٰ ﴾ أي اختبروهم، وإيناس الرشد يوجب اختباره بتفويض التصرف إليه. المبدع (٤/٣٠٦).

والجارية بشراها القطن واستجادته ودفعها الأجرة إلى الغزالات والاستيفاء عليهن، وأن يحفظ ما في يده عن صرفه فيما لا فائدة له فيه كالقمار والغناء وشراء المحرمات ونحوه[١] وعنه لا يدفع إلى الجارية ما لها بعد رشدها حتى تتزوج، أو تلد أو تقيـــم في بيت الزوج سنة[٢] ووقت الاختبار قبل

صحيحا جمع على فعلاء، وإن كان معتلا جمع على أفعلاء كولي وأولياء، قال الجوهري: ويقال: ريس كقيم، وقال المصنف في «**المغني**» وإن كان من أولاد الدهاقين والكبراء الذين يصان أمثالهم عن الأسواق[٣].

«**والكتاب**» الكتاب: جمع كاتب، وهو جمع مقيس في فاعل المذكر العاقل.

«**واستجادته**» استفعال من الجودة، أي: تحصل الجيد منه.

«**كالقمار والغناء**» القمار: مصدر قامره: إذا لعب معه على مال يأخذه الغالب من المغلوب كائنا ما كان، إلا ما استثني في باب السبق، يقال: قمره يقمره ويقمره بضم الميم وكسرها عن صاحب «**المحيط**»، وأقمره عن ابن القطاع، وغيره. والغناء، بكسر الغين ممدودا: الصوت المعروف، والأغنية: بضم الهمزة وتشديد الياء بمعنى الغناء، والجمع الأغاني، يقال منه: تغنى وغنى بمعنى، والغناء بفتح الغين ممدودا: النفع.

---

(١) قوله: «وأن يحفظ ما في يده إلخ» أي يشترط مع ما ذكر أي لأن من صرف ماله في ذلك عد سفيها مبذرا عرفا فكذا شرعا، وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى: أو أخرجه في مباح قدرا زائدا على المصلحة، قال في الإنصاف: وهو الصواب. المبدع (٣٠٧/٤)، الإنصاف (٢٨٩/٥).

(٢) قوله: «وعنه لا يدفع إلى الجارية إلخ» روي عن عمر وبه قال شريح والشعبي وإسحاق لما روى شريح قال: «عهد إلى عمر أن لا أجيز لجارية عطية حتى تحول في بيت زوجها حولا أو تلد» رواه سعيد في سننه والأول أشهر وأصح، وهو أنها إذا بلغت ورشدت دفع إليها مالها، وكالرجل، وحديث عمر ﷺ لم يعلم انتشاره في الصحابة فلا يترك به عموم الكتاب مع أنه خاص في العطية فلم يمنع في تسليم مالها، وقال مالك: لا يدفع إليها مالها حتى تتزوج ويدخل عليها زوجها؛ لأن كل حالة جاز للأب تزويجها بغير إذنها لم ينفك عنها الحجر كالصغيرة. المبدع (٣٠٧/٤).

(٣) نعم ذكره شيخ الإسلام موفق الدين المقدسي. انظر المغني (٣٠٢/٤)، وانظر المبدع (٣٣٤/٤).

البلوغ[1]، وعنه بعده.

فصل

ولا تثبت الولاية على الصبي والمجنون إلا للأب[2] ثم لوصيه ثم للحاكم، ولا يجوز لوليهما أن يتصرف في مالهما إلا على وجه الحظ لهما[3]، فإن تبرع أو حابى أو زاد على النفقة عليهما أو على من تلزمهما مؤنته بالمعروف ضمن. ولا يجــوز أن يشتري من مالهما شيئًا لنفسه ولا يبيعهما إلا

«**أو حابى**» حابى: فاعل، من الحباء: العطية، فمتى باع بدون ثمن المثل، أو اشترى بأكثر منه، فقد حابى بالقدر الزائد.

---

(١) قوله: «ووقت الاختبار إلخ» هذا المذهب لقوله تعالى: ﴿وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَـٰمَىٰ﴾ فظاهرها أن ابتلاءهم قبل البلوغ؛ لأنه سماهم يتامى، وإنما يكون ذلك قبل البلوغ وقيل بمنعه في الجارية، ولا يختبر إلا المميز والمراهق الذي يعرف البيع والشراء والمصلحة والمفسدة وبيع الاختبار وشراؤه صحيح. المبدع (٣٠٧/٤-٣٠٨).

(٢) قوله: «إلا للأب» هذا المذهب بشرط أن يكون رشيدًا؛ لأنها ولاية فقدم الأب كولاية النكاح، وظاهره ولو كافرا على ولده الكافر، ويكفي العدالة ظاهرا؛ لأن تفويضها إلى الفاسق تضييع للمال وقيل: ومستور، وظاهر قوله ثم لوصيه ثم الحاكم أن الجد والأم وسائر العصبات ليس لهم ولاية، وهو المذهب الذي عليه أكثر الأصحاب، وهو ظاهر ما جزم به في المغني والشرح، وعنه للجد ولاية وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي، قال في الفائق: وهو المختار فعليها يقدم على الحاكم بلا نزاع ويقدم على الوصي على الصحيح، قال في الإنصاف: هو الصواب، وذكر القاضي أن للأم ولاية وقيل لسائر العصبة أيضًا ولاية بشرط العدالة اختاره الشيخ تقي الدين ذكره عنه في الفائق، ثم قال: قلت ويشهد له حجر الابن على أبيه عند خوفه. انتهى، قال في الإنصاف: قلت الذي يظهر أنه حيث قلنا للأم والعصبة ولاية أنهم كالجد في التقديم على الحاكم وعلى الوصي على الصحيح. انتهى، ويشترط في الحاكم ما يشترط في الأب فإن لم يكن كذلك أو لم يوجد حاكم فأمين، اختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى، وقال: الحاكم العاجز كالعدم. انظر الشرح الكبير (٥٦٣/٢-٥٦٤).

(٣) قوله: «ولا يجوز إلخ» هذا المذهب لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقۡرَبُواْ مَالَ ٱلۡيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِي هِيَ أَحۡسَنُ﴾ والمجنون في معناه؛ ولقوله عليه الصلاة والسلام «لا ضرر ولا ضرار» رواه أحمد. المبدع (٣٠٩/٤).

الأب[1]، ولوليهما مكاتبة رقيقهما[2] وعتقه[3] على مال وتزويج إمائهما[4] والسفر بمالهما[5]،والمضاربة به والربح كله لليتيم[6]، وله دفعه مضاربة بجزء من الربح وبيعه نسأ[7] ....

«**وتزويج إمائهما**» وهو جمع أمة، وهي خلاف الحرة، وأصله: أَمَوَةٌ بالتحريك، ويجمع على إمْوَان، كإخوان، وعلى آمٍ بوزن باب، كله عن الجوهري.

---

(١) قوله: «ولا يجوز أن يشتري إلخ» هذا المذهب، وبه قال أبو حنيفة ومالك والأوزاعي والشافعي، وزاد الجد؛ لأنه عليه الصلاة والسلام نهى الوصي عن ذلك، والحاكم في معناه؛ ولأن البيع كالشراء معنى فيساويه حكما. الشرح الكبير (٢/٥٦٤).

(٢) قوله: «ولوليهما إلخ» هذا المذهب؛ لأن فيه تحصيلا لمصلحة الدنيا والآخرة، وفي الشرح إذا كان الحظ فيه مثل أن تكون قيمته مائة فيكاتبه على مائتين. المبدع (٤/٣٠٩).

(٣) قوله: «وعتقه إلخ» أي لأنه معاوضة لليتيم فيها حظ، وظاهره مطلقا لكن في الشرح إذا أعتقه بمال بقدر قيمته أو أقل لم يجز لعدم الحظ، وظاهره لا يجوز عتقه مجانا، وعنه بلى لمصلحة بأن يكون له أمة لها ولد يساويان مجتمعين مائة ولو أفردت ساوت مائتين ولا يمكن إفرادها بالبيع تتعين الأخرى لتكثر قيمة الباقية، وله هبة ماله بعوض قاله القاضي. المبدع (٤/٣٠٩).

(٤) قوله: «وتزويج إمائهما» أي إن كان فيه مصلحة؛ لأن فيه إعفافهن وتحصينهن عن الزنا ووجوب نفقتهن على الأزواج، والمراد إذا طلبن ذلك أو رأى المصلحة فيه، وعنه لا يجوز، وعنه يجوز لخوف فساده، والعبيد في ذلك كالإماء خلافًا ومذهبًا. المبدع (٤/٣١٠).

(٥) قوله: «والسفر إلخ» إذا أراد الولي السفر بمالهما فلا يخلو إما أن يسافر به لتجارة أو غيرها، فإن سافر به لتجارة جاز لا أعلم فيه خلافا؛ لما روى عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما — مرفوعًا: «من ولي يتيما له مال فليتجر به ولا يتركه حتى تأكله الصدقة» وروي موقوفا على عمر وهو أصح، ولأنه أحظ لكن لا يتجر إلا في المواضع الآمنة، وإن سافر لغير تجارة مثل أن يعرض له سفر جاز على الصحيح من المذهب، وقال القاضي في المجرد ولا يسافر به وجزم به في الكافي والمغني والشرح. انظر المبدع (٤/٣١٠).

(٦) قوله: «والمضاربة إلخ» أي إذا اتجر الولي بنفسه لأنه نماء مال اليتيم فلا يستحقه غيره إلا بعقد، ولا يعقدها الولي لنفسه للتهمة، وفيه وجه يستحق الأجرة واختاره الشيخ تقي الدين قاله في الفائق قال في الإنصاف: هو قوي. الإنصاف (٥/٢٩٤)، المبدع (٤/٣١٠).

(٧) قوله: «نسأ» أي إذا كان الحظ فيه. المبدع (٤/٣١٠).

وقرضه برهن[1] وشراء العقار لهما وبناؤه بما جرت عادة أهل بلده به إذا رأى المصلحة في ذلك كله، وله شراء الأضحية لليتيم الموسر نص عليه[2]، وتركه في المكتب وأداء الأجرة عنه، ولا يبيع عقارهم إلا لضرورة أو غبطة وهو أن يزاد في ثمنه الثلث فصاعدا، وإن وصى لأحدهما بمن يعتق عليه ولا تلزمه نفقته لإعسار الموصى له أو لغير ذلك وجب على الولي قبول الوصية وإلا لم يجز له قبولها[3].

فصل

ومن فك عنه الحجر فعاود السفه أعيد الحجر عليه ولا ينظر في ماله إلا الحاكم[4]

«**في المكتب**» المكتب: هو موضع تعلم الكتابة، والجمع المكاتب، فأما الكتاب، فجمع كاتب، وقال الجوهري: الكتاب والمكتب واحد، فعلى هذا، إذا أطلق الكتاب على الموضع فعلى حذف المضاف، أي: مكان الكتاب.

«**أو غبطة**» قال الجوهري وابن فارس: الغبطة: حسن الحال، وقد فسرها المصنف رحمه الله تعالى شرعا، وقال في «**الكافي**»: المنصوص أن للوصي بيعه إذا كان نظرا لهم من غير تقييد بهذين، لكونه لا غلة له، أو له غلة يسيرة، ونحو ذلك[5].

---

(١) قوله: «وقرضه» أي على الصحيح من المذهب وهو من مفرداته؛ لأنه أجود من إيداعه لما فيه من تعريضه للتلف، وقوله: «برهن» يحتمل أنه شرط فيهما قال في الشرح: أو كفيلا، ويجوز إيداعه مع إمكان قرضه، وقال في الرعاية الكبرى وغيره ولا يقترض وصي ولا حاكم، ويجوز رهن مالهما للحاجة عند ثقة، وللأب أن يرتهن مالهما من نفسه ولا يجوز لغيره على المذهب. المبدع (٣١١/٤).

(٢) قوله: «وله شراء الأضحية إلخ» هذا المذهب، وعنه لا يجوز ويفعل في مال اليتيم ما هو أرفق من خلط وإفراد، وله تعليمه ما ينفعه ومداواته بأجرة لمصلحة، وحمله ليشهد الجماعة، وللولي أن يأذن للصغيرة أن تلعب باللعب وشراؤها لها بمالها نص عليهما. المبدع (٣١٢/٤).

(٣) قوله: «وإلا لم يجز قبولها» أي إذا لزمته النفقة حرم على الولي قبولها لما فيه من الضرر بتفويت ماله بالنفقة عليه. انظر المبدع (٣١٣/٤).

(٤) قوله: «ولا ينظر إلخ» هذا الصحيح من المذهب؛ لأن الحجر عليه يفتقر إلى حكم الحاكم فكذا النظر في ماله. المبدع (٣١٤/٤).

(٥) نعم، ذكره شيخ الإسلام موفق الدين. انظر الكافي (١٣٨/٢).

ولا ينفك عنه الحجر إلا بحكمه[1]، وقيل ينفك بمجرد رشده. ويستحب إظهار الحجر عليه والإشهاد عليه لتجتنب معاملته، ويصح تزويجه بإذن وليه[2]، وقال القاضي يصح من غير إذنه، وهل يصح عتقه؟ على روايتين[3]، وإن أقر بحد أو قصاص أو نسب أو طلق زوجته أخذ به[4]،وإن أقر بمال لم يلزمه في حال حجره[5]،ويحتمل أن لا يلزمه مطلقا، وحكم تصرف وليه حكم تصرف ولي الصبي والمجنون.

«فهل يصح عتقه» أي: إعتاقه وقد تقدم.

---

(١) قوله: «ولا ينفك إلخ» هذا المذهب، والشيخ الكبير ينكر عقله يحجر عليه قاله أحمد بمعنى إذا كبر واختل عقله، ونقل المروذي أرى أن يحجر الابن على الأب إذا أسرف يضعه في فساد وشراء المغنيات ونحوه. المبدع (٣١٤/٤).

(٢) قوله: «ويصح تزويجه إلخ» ظاهره أنه لا يصح بغير إذن وليه، وله حالتان إحداهما أن يكون محتاجا إلى الزواج فيصح تزوجه بغير إذنه على الصحيح من المذهب، قال في الفروع: يصح في الأصح، وجزم به في المغني والشرح وغيرهم، وقيل: لا يصح وهو ظاهر كلام المصنف هنا، الحالة الثانية: أن لا يكون محتاجا إليه فلا يصح تزويجه على الصحيح من المذهب، وقيل يصح واختاره القاضي، ويصح للولي تزويج السفيه بغير إذنه إذا كان محتاجا على الصحيح من المذهب، وقيل لا، اختاره المصنف والشارح، قال في الرعاية الكبرى: والمنع أقيس، قال في الإنصاف: هو الصواب، ويصح خلعه كطلاقه وظهاره ولعانه وإيلائه، لكن لا يقبض العوض فإن قبضه لم يصح قبضه على الصحيح من المذهب، ولا تبرأ المرأة بدفعها إليه وإن أتلفه لم يضمن، ولو وجب على السفيه كفارة كفر بالصوم على الصحيح من المذهب فيعايا بها. الإنصاف (٣٠٠/٥).

(٣) قوله: «وهل يصح إلخ» إحداهما لا يصح وهو المذهب؛ لأنه لا يصح تبرعه أشبه هبته ووقفه، وظاهره أنه يصح تدبيره ووصيته على الصحيح من المذهب. المبدع (٣١٥/٤).

(٤) قوله: «وإن أقر إلخ» إذا أقر بحد استوفى منه بلا نزاع، وإن أقر بقصاص وطلب إقامته كان لربه استيفاؤه بل نزاع، لكن لو عفى على مال احتمل أن يجب واحتمل ألا يجب لئلا يتخذ ذلك وسيلة إلى الإقرار بالمال، وقاعدة المذهب سد الذرائع قال في الإنصاف: وهو الصواب. انظر الإنصاف (٣٠٣/٥).

(٥) قوله: «وإن أقر بمال» أي كالدين أو ما يوجبه كجناية الخطأ وشبه العمد وإتلاف المال وغصبه. المبدع (٣١٦/٤).

على قوله: «ويحتمل أن لا يلزمه» اختاره المصنف ونصره في الشرح؛ لأن المنع من نفوذ إقراره في حال الحجر عليه حفظ ماله ودفع الضرر عنه، ونفوذه بعد فكه لا يفيد إلا تأخير الضرر عليه إلى أكمل حالتيه، لكن إن علم صحة ما أقر به كدين جناية لزمه، ذكره في الشرح. المبدع (٣١٦/٤).

فصل

وللولي أن يأكل من مال المولى عليه بقدر عمله إذا احتاج إليه، وهل يلزمه عوض ذلك إذا أيسر على روايتين[1]، وكذلك يخرج في الناظر في الوقف[2]، ومتى زال الحجر فادعى على الولي تعديا أو ما يوجب ضمانا فالقول قول الولي، وكذلك القول قوله في دفع المال إليه بعد رشده[3]، ويحتمل أن لا يقبل قوله في دفع المال إليه إلا ببينة[4]، وهل للزوج أن يحجر على امرأته في التبرع بما زاد على الثلث من مالها؟ على روايتين[5].

فصل في الإذن

يجوز لولي الصبي المميز أن يأذن له في التجارة في إحدى الروايتين، ويجوز ذلك لسيد العبد، ولا ينفك عنهما الحجر إلا فيما أذن لهما فيه[6] وفي النوع الذي أمر

---

(١) قوله: «عوض ذلك إلخ» إحداهما: لا، وهو الصحيح من المذهب؛ لأن ذلك جعل عوضا له عن عمله كالأجير، والثانية: بلى، وقاله مجاهد وعطاء وسعيد بن جبير؛ لأنه استباحه بالحاجة من مال غيره فلزمه عوضه كالمضطر إلى طعام غيره، والخلاف في غير الأب. المبدع (٣١٧/٤).

(٢) قوله: «وكذلك إلخ» المنصوص عن أحمد جواز الأكل منه بالمعروف ولم يشترط فقرا قال في الإنصاف: وإلحاق بعامل الزكاة في الأكل مع الغناء، وقال الشيخ تقي الدين: لا يقدم بمعلومه بلا بشرط إلا أن يأخذ أجرة عمله مع فقره. المبدع (٣١٧/٤، ٣١٨).

(٣) قوله: «وكذلك القول إلخ» هذا هو المذهب لأنه أمين أشبه المودع. انظر المبدع (٣١٨/٤).

(٤) قوله: «ويحتمل إلخ» لقوله تعالى: ﴿ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ ﴾ قال في الإنصاف: هو قوي ويقبل قوله في النفقة وقدرها وجوازها ووجود الضرورة والغبطة والمصلحة في البيع. الإنصاف (٣٠٧/٥).

(٥) قوله: «وهل للزوج إلخ» أي الرشيد أن يحجر على امرأته أي الرشيدة، إحداهما: ليس له منعها وهو المذهب لقوله تعالى: ﴿ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا ﴾ الآية وهي ظاهرة في فك الحجر عنهن وإطلاقهن في التصرف بدليل قوله: «يا معشر النساء تصدقن ولو من حليكن» وكن يتصدقن ويقبل منهن ولم يستفصل، والثانية: يملك منعها بزيادة نصره القاضي وأصحابه لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «لا يجوز للمرأة عطية من مالها إلا بإذن زوجها وهو مالك عصمتها» رواه أبو داود. المبدع (٣١٨/٤).

(٦) قوله: «فيما أذن لهما فيه» هذا الصحيح من المذهب نص عليه. الإنصاف (٣٠٩/٥).

به[1]، وإن أذن له في جميع أنواع التجارة لم يجز له أن يؤجر نفسه ولا يتوكل لغيره[2]، وهل له أن يوكل فيما يتولى مثله بنفسه؟ على روايتين[3] وإن رآه سيده أو وليه يتجر فلم ينهه لم يصر مأذونا له[4]، وما استدان العبد فهو في رقبته يفديه سيده أو يسلمه[5] وعنه يتعلق بذمته ويتبع به بعد العتق، إلا المأذون له هل

«**فيما يتولى مثله**» يجوز رفع «**مثله**» على أنه فاعل، ونصبه على أنه مفعول.

«**يتجر**» بوزن يقتل، ويتجر بوزن يدخر.

«**يفديه**» بفتح الياء، أي: يعطي فداه. قال الجوهري: يقال: فداه. وفاداه: إذا أعطى فداءه، وفداءه بنفسه وفداه: إذا قال له: جعلت فداك.

---

(١) قوله: «وفي النوع إلخ» هذا المذهب. الإنصاف (٥/٣٠٩).

(٢) قوله: «وإن أذن له إلخ» أي بلا نزاع لأنه عقد على نفسه فلا يملكه إلا بإذن كبيع نفسه وتزويجه ولأن ذلك يشغله عن التجارة المقصودة، وفي إيجار عبيده وبهائمه خلاف. المبدع (٤/٣٢٠)، الإنصاف (٥/٣٠٩).

(٣) قوله: «وهل له إلخ» إحداهما: لا يجوز جزم به في الوجيز؛ لأنه يتصرف بالإذن فاختص بما أذن فيه، والثاني: بلى، لأنه ملك التصرف بنفسه فملكه بنائبه كالمالك الرشيد. انظر المبدع (٤/٣٢٠).

(٤) قوله: «وإن رآه إلخ» أي بلا نزاع كتزويجه وبيع ماله؛ لأنه تصرف يفتقر إلى الإذن فلم يقم السكوت مقامه، لكن قال الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى: الذي ينبغي أن يقال فيما إذا رأى عبده يبيع فلم ينهه وفي جميع المواضع أن لا يكون إذنا ولا يصح التصرف لكن يكون تغريرا فيكون ضامنا بحيث أنه ليس له أن يطالب المشتري بالضمان، فإن ترك الواجب عندنا كفعل المحرم كما نقول فيمن قدر على إنجاء إنسان من هلكة، بل الضمان هنا أقوى. المبدع (٤/٣٢٠)، الإنصاف (٥/٣٠٩).

(٥) قوله: «وما استدان العبد إلخ» وحاصله أن لتصرف العبد حالتين: إحداهما أن يكون غير مأذون له. ولتصرفه حالتان: إحداهما أن يتصرف ببيع أو شراء بعين المال، فهذا لا يصح على المذهب كالغصب، الثانية أن يتصرف في ذمته وفيه وجهان: أحدهما: لا يصح وهو الصحيح من المذهب، والثاني يصح إلحاقا له بالمفلس، فعلى الأولى ما اشتراه أو اقترضه إن وجد في يده انتزع منه وكذا إن وجد في يد سيده، وإن تلف بيد السيد رجع عليه بذلك، وإن شاء كان متعلقا برقبة العبد. الحالة الثانية: أن يكون مأذونا له فما استدانه ببيع أو قرض فأشهر الروايات وهي الصحيحة من المذهب أنه يتعلق بذمة سيده لأنه غر الناس بمعاملته، ولا فرق في الذي استدانه بين أن يكون في الذي أذن فيه أو لا بأن يأذن له في التجارة في البر فيتجر في غيره، ومحل الخلاف ما إذا ثبت ببينة أو إقرار السيد، أما إذا أنكر السيد ولا بينة فإنه يتعلق بذمة العبد إن أقر به وإلا فهو هدر ومحل الخلاف في الحالتين أيضا إنما هو في الديون أما أروش جناياته وقيم متلفاته فتتعلق برقبته رواية واحدة. المبدع (٤/٣٢١)، الإنصاف (٥/٣١٠).

يتعلق برقبته أو بذمة سيده؟ على روايتين. وإذا باع السيد عبده المأذون له شيئا لم يصح في أحد الوجهين[1]، ويصح في الآخر إذا كان عليه دين بقدر قيمته، ويصح إقرار المأذون في قدر ما أذن له فيه، وإن حجر عليه وفي يده مال ثم أذن له فأقر به صح، ولا يبطل الإذن بالإباق[2] ولا يصح تبرع المأذون له بهبة الدراهم وكسوة الثياب[3]، ويجوز هديته للمأكول وإعارة دابته[4]، وهل لغير المأذون الصدقة من قوته بالرغيف إذا لم يضر به ونحوه؟ على روايتين. وهل للمرأة الصدقة من بيت زوجها بغير إذنه بنحو ذلك؟ على روايتين[5].

«**عبده المأذون**» كذا وقع بخط المصنف رحمه الله، وحقه أن يكون عبده المأذون له؛ لأن الفعل إذا كان متعديا بحرف الجر، كان اسم مفعوله كذلك، ومخرجه من وجهين، أحدهما: أن يكون ضمن «**أذن**» معنى «**أطلق**»، أو «**أمكن**»، فكأنه قال: عبده المطلق، أو الممكن. والثاني: أن يكون حذف حرف الجر، ثم عدى الفعل بنفسه توسعا، كقوله تعالى: ﴿وَٱلْيَوْمِ ٱلْمَوْعُودِ﴾ [البروج: ٢] أي: الموعود به.

«**بالإباق**» الإباق: مصدر أبق، وأبق بفتح الباء وضمها وكسرها في المضارع.

«**وكسوة الثياب**» بكسر الكاف وضمها مصدر كسا، عن ابن القطاع، وكذلك اسم الملبوس.

---

(١) قوله: «وإذا باع السيد إلخ» هذا المذهب لأنه مملوكه فلا يثبت له دين في ذمته. المبدع (٣٢٢/٤)، الإنصاف (٣١٣/٥).

(٢) قوله: «ولا يبطل الإذن بالإباق» هذا الصحيح من المذهب، وقيل يبطل لأنه يزيل ولاية السيد عنه في التجارة بدليل أنه لا يجوز بيعه ولا هبته قال في الإنصاف هو الصواب. المبدع (٣٢٣/٤).

(٣) قوله: «ولا يصح تبرع إلخ» أي بلا نزاع، وظاهره وإن قل. المبدع (٣٢٣/٤).

(٤) قوله: «ويجوز هديته إلخ» يعني للعبد وكذا عمل دعوة ونحوه بلا إسراف هذا المذهب لأنه عليه الصلاة والسلام كان يجيب دعوة المملوك. المبدع (٣٢٣/٤).

(٥) قوله: «وهل للمرأة إلخ» المذهب يجوز لما روت عائشة - رضي الله عنها — قالت قال رسول الله ﷺ: «إذا أنفقت المرأة من طعام زوجها غير مفسدة كان لها أجرها بما أنفقت ولزوجها أجر ما كسب وللخازن مثل ذلك، لا ينقص بعضهم من أجر بعض شيئا» متفق عليه. المبدع (٣٢٤/٤).

باب الوكالة

تصح الوكالة بكل قول يدل على الإذن[1] وكل قول أو فعل يدل على القبول[2]، ويصح القبول على الفور والتراخي بأن يوكله في بيع شيء فيبيعه

«**وكذلك هدية للمأكول**» هدية فعيلة بمعنى مفعول، ويجوز أن يراد به نفس الإهداء، يقال: أهديت الهدية، وهديتها، نقلهما الزجاج.

«**بالرغيف**» الرغيف: معروف، وجمعه رغفان، ورغف، وأرغفة، في القلة، والله سبحانه وتعالى أعلم.

باب الوكالة

الوكالة بفتح الواو وكسرها: التفويض، يقال: وكله، أي: فوض إليه، ووكلت أمري إلى فلان، أي: فوضت إليه، واكتفيت به، وتقع الوكالة أيضًا على الحفظ، وهو: اسم مصدر بمعنى التوكيل[3].

---

(١) قوله: «تصح الوكالة إلخ» هذا المذهب كقوله وكلتك في كذا أو فوضته إليك أو أذنت لك فيه أو بعه أو أعتقه أو كاتبه ونحو ذلك، وظاهر كلام المصنف وغيره عدم صحة الوكالة بالفعل الدال عليها من الموكل وهو صحيح، قال في الفروع دل كلام القاضي على انعقاد الوكالة بالفعل من الموكل الدال عليها كالبيع، قال وهو ظاهر كلام الشيخ يعني به المصنف فيمن دفع ثوبه إلى قصار أو خياط، قال في الإنصاف وهو أظهر. المبدع (٤/٣٢٥).

(٢) قوله: «وكل قول إلخ» هذا المذهب لأن وكلاء النبي ﷺ لم ينقل عنهم سوى إمساك أوامر. انظر المبدع (٤/٣٢٦).

(٣) انظر القاموس المحيط للفيروزآبادي (٤/٦٦).

والوكالة شرعًا: التفويض في شيء خاصٍّ في الحياة. والأحسن فيها: أنها استنابة الجائز التصرف مثله فيما تدخله النيابة انظر، المبدع لابن مفلح (٤/٣٢٥).

(فوائد): مثل ذلك سائر العقود الجائزة كالشركة والمضاربة والمساقاة. الإنصاف (٥/ ٣١٩).

(الثانية) يشترط لصحة الوكالة تعيين الوكيل. الإنصاف (٥/٣١٩).

(الثالثة) تصح الوكالة وقته بلا نزاع ومعلقة بشرط على الصحيح من المذهب نص عليه. المبدع (٤/٣١٩).

(الرابعة) لو أبى أن يقبل الوكالة قولا أو فعلا فهو كعزله نفسه قاله في الرعاية الكبرى، قال في الإنصاف ويحتمل لا. الإنصاف (٥/٣١٩).

بعد سنة أو يبلغه أنه وكله منذ شهر فيقول قبلت، ولا يجوز التوكيل والتوكل في شيء إلا ممن يصح تصرفه[1]، ويجوز التوكيل في كل حق آدمي من العقود والفسوخ والعتق والطلاق والرجعة[2] وتملك المباحات من الصيد والحشيش ونحوه إلا الظهار واللعان والأيمان[3]، ويجوز أن يوكل من يقبل له النكاح ومن يزوج وليته إذا كان الوكيل ممن يصح منه ذلك لنفسه وموليته، ويصح في كل حق لله

«**وليته وموليته**» قال الجوهري: كل من ولي أمر واحد، فهو وليه، فـ: «**موليته**» وزنها في الأصل: مفعولته، فدبر بإبدال الضمة كسرة، وقلب الواو ياء، وإدغامها في الياء، فصار مولِيَّة كمبنيٍّ ومبَنَّيَّة، ووليته: فعيلته بمعنى مفعولته، ولحقته التاء لكونه لم يتبع موصوفه، فهو كجريح وجريح.

---

(١) قوله: «ولا يجوز التوكيل إلخ» هذا المذهب؛ لأن من لا يصح تصرفه بنفسه فنائبه أولى، فلو وكله في بيع ما سيملكه أو طلاق من يتزوجها لم يصح إذ هو لم يملكه في الحال ذكره الأزجي، وقال غيره: إن قال إن تزوجت هذه فقد وكلتك في طلاقها أو إن اشتريت هذا العبد فقد وكلتك في عتقه صح إن قلنا يصح تعليقهما على ملكهما وإلا فلا. الإنصاف (٥/٣٢٠)، المبدع (٤/٣٢٦).

(٢) قوله: «ويجوز التوكيل إلخ» هذا المذهب.
(تنبيه): قوله والعتق والطلاق يجوز التوكيل فيهما بلا نزاع، لكن لو وكل عبده أو غريمه أو امرأته في إعتاق عبيده وإبراء غرمائه أو طلاق نسائه لم يملك عتق نفسه ولا إبرائها ولا طلاقها على الصحيح من المذهب. الإنصاف (٥/٣٢١).
(فائدتان) لو أذن له أن يتصدق بمال لم يجز له أن يأخذ منه لنفسه إذا كان من أهل الصدقة على الصحيح من المذهب نص عليه، ويحتمل الجواز إن دلت قرينة على أخذه منه، ويحتمل الجواز مطلقا ذكرهما في المغني. الإنصاف (٥/٣٢١).
(الثانية) يجوز التوكيل في الإقرار، والصحيح من المذهب أن الوكالة فيه إقرار به. الإنصاف (٥/٣٢١).
على قوله: «والحشيش ونحوه» كإحياء الموات، وهذا الصحيح من المذهب. المبدع (٤/٣٢٧).

(٣) قوله: «إلا الظهار إلخ» وكذا الإيلاء والقسامة والشهادة. انظر الإنصاف (٥/٣٢٢).
على قوله: «ويجوز أن يوكل من يقبل له النكاح» لفعله عليه الصلاة والسلام فإنه ربما احتاج إلى التزويج من مكان بعيد كما تزوج النبي ﷺ أم حبيبة بأرض الحبشة. المبدع (٤/٣٢٧-٣٢٨).

تعالى تدخله النيابة[1] من العبادات والحدود[2] في إثباتها واستيفائها، ويجوز الاستيفاء في حضرة الموكل وغيبته، إلا القصاص وحد القذف عند بعض أصحابنا لا يجوز في غيبته، ولا يجوز للوكيل التوكيل فيما يتولى مثله بنفسه إلا بإذن الموكل[3]، وعنه يجوز وكذلك الوصي والحاكم[4]، ويجوز توكيله فيما لا يتولى مثله بنفسه أو يعجز عنه لكثرته ....

«**في حضرة الموكل**» بفتح الحاء وضمها وكسرها، أي: بحضوره، عن الجوهري وغيره.

---

(١) قوله: «ويصح في كل حق لله تعالى إلخ» كتفرقة صدقة وزكاة ونذر وكفارة وكذا الحج والعمرة، ويجوز أن يقول لغيره أخرج زكاة مالي من مالك، فأما العبادات البدنية المحضة كالصلاة والصوم والطهارة من الحدث فلا فإنها تتعلق ببدن من هي عليه، إلا الصوم المنذور يفعل عن الميت وركعتي الطواف تدخل تبعا للحج. المبدع (٣٢٨/٤).

(٢) قوله: «والحدود» لقوله عليه الصلاة والسلام «واغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها» فاعترفت فأمر بها فرجمت متفق عليه، فقد وكله في الإثبات والاستيفاء جميعا. المبدع (٣٢٨/٤).

على قوله: «ويجوز الاستيفاء في حضرة الموكل وغيبته إلا القصاص» الصحيح من المذهب جواز الاستيفاء مع الغيبة. المبدع (٣٢٩/٤).

(٣) قوله: «ولا يجوز للوكيل إلخ» هذا المذهب لأنه لم يأذن له في التوكيل ولا تضمنه إذنه لكونه يتولى مثله. المبدع (٣٢٩/٤)، الإنصاف (٣٢٦/٥).

(٤) قوله «وكذلك الوصي والحاكم» أي حكمهما حكم الوكيل وهو المذهب. المبدع (٤/ ٣٢٩).

(فائدتان): إحداهما: لو وكل امرأته ثم طلقها لم تبطل الوكالة.

(الثانية) لو وكل في طلاق زوجته فوطئها بطلت الوكالة على الصحيح من المذهب والروايتين، وعنه لا تبطل، فعلى المذهب في بطلانها بقبلة ونحوها خلاف بناء على الخلاف في حصول الرجعة به.

على قوله: «وتبطل بالموت والجنون والحجر للسفه» لكن إن حجر على الموكل فإن كانت الوكالة في أعيان ماله بطلت لانقطاع تصرفه فيها، وإن كانت في غيرها فلا، وتبطل في عتق العبد بكتابته وتدبيره. المبدع (٣٣٢/٤).

على قوله: «ولا تبطل بالسكر والإغماء والتعدي» أي تعدي الوكيل كلبس الثوب وركوب الدابة لكن يضمن النقص، وقيل تبطل. المبدع (٣٣٢/٤-٣٣٣).

على قوله: «على وجهين» المذهب لا تبطل. الإنصاف (٣٣٤/٥).

ويجوز توكيل عبد غيره بإذن سيده ولا يجوز بغير إذنه، وإن وكله بإذنه في شراء نفسه من سيده فعلى وجهين. والوكالة عقد جائز من الطرفين لكل منهما فسخها، وتبطل بالموت والجنون والحجر للسفيه، وكذلك كل عقد جائز كالشركة والمضاربة، ولا تبطل بالسكر والإغماء والتعدي، وهل تبطل بالردة وحرية عبده؟ على وجهين، وهل ينعزل الوكيل بالموت والعزل قبل علمه؟ على روايتين[1]. وإذا وكل اثنين لم يجز لأحدهما الانفراد بالتصرف إلا أن يجعل ذلك إليه، ولا يجوز للوكيل في البيع أن يبيع لنفسه[2]، وعنه يجوز إذا زاد على

«**بالسكر**» يذكر في «**باب حد المسكر**».

---

(١) قوله: «وهل ينعزل الوكيل إلخ» إحداهما: ينعزل وهو المذهب، قال الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى هذا أشهر، والثانية: لا ينعزل، قال في الإنصاف: وهو الصواب، وقيل ينعزل بالموت لا بالعزل ذكره الشيخ تقي الدين. الإنصاف (٥/٣٣٥-٣٣٦).
(فوائد) ينبني على الخلاف تضمينه وعدمه، فإن قلنا ينعزل ضمن وإلا فلا، وقال الشيخ تقي الدين: لا يضمن مطلقا، قال في الإنصاف: وهو الصواب؛ لأنه لم يفرط. الإنصاف (٥/٣٣٦).
ومنها لو قال شخص لآخر اشتر كذا بيننا، فقال نعم، ثم قال لآخر نعم فقد عزل نفسه من وكالة الأول ويكون ذلك له وللثاني. الإنصاف (٥/٣٣٧).
ومنها عقود المشاركات كالشركة والمضاربة، الصحيح من المذهب أنها تنفسخ قبل العلم كالوكالة، وإذا عزل الوكيل كان ما في يده أمانة، وكذلك عقود الأمانات كلها كالوديعة والشركة والمضاربة والرهن إذا انتهت أو انفسخت الهبة إذا رجع فيها الأب وهو المذهب. الإنصاف (٥/٣٣٧).
(فائدة) حقوق العقد متعلقة بالموكل وهذا المذهب؛ لأنه لا يعتق قريب وكيل عليه وينتقل الملك إلى الموكل ويطالب بالثمن ويرد بالعيب ويضمن العهدة وغير ذلك، وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى فيمن وكل في بيع أو استئجار: فإن لم يسم موكله في العقد فضامن وإلا فروايتان، وقال: ظاهر المذهب يضمنه، قال: ومثله الوكيل في الاقتراض.
على قوله: «إلا أن يجعل ذلك إليه» وهو المذهب. الإنصاف (٥/٣٣٧).

(٢) قوله: «ولا يجوز للوكيل إلخ» هذا المذهب وعليه الجمهور؛ لأن العرف في البيع بيع الرجل من غيره فحملت الوكالة عليه، ولأنه تلحقه تهمة، وكذا شراؤه من نفسه، لكن لو أذن له جاز ويتولى طرفيه في الأصح فيما إذا انتفت التهمة. المبدع (٤/٣٣٥).

مبلغ ثمنه في النداء[1] أو وكل من يبيع وكان هو أحد المشترين. وهل يجوز أن يبيعه لولده أو والده أو مكاتبة؟ على وجهين[2]، ولا يجوز أن يبيع نسأ[3] ولا بغير نقد البلد، ويحتمل أن يجوز كالمضارب، وإن باع بدون ثمن المثل أو بأنقص مما قدره له صح وضمن النقص، ويحتمل أن لا يصح، وإن باع بأكثر منه صح سواء أكانت الزيادة من جنس الثمن الذي أمر به أو لم تكن[4]، وإن قال بعه بدرهم

---

(١) قوله: «وعنه إلخ» أي لأن ذلك يحصل غرض الموكل من الثمن أشبه ما لو باعه لأجنبي. المبدع (٤/٣٣٦).

(فائدة) وكذا الحكم في الحاكم وأمينه والوصي وناظر الوقف، والمضارب كالوكيل. الإنصاف (٥/٣٣٩).

(فائدة) وكذا الحكم لو وكل في بيع عبد أو غيره ووكله آخر في شرائه من نفسه في قياس المذهب. الإنصاف (٥/٣٣٩).

(٢) قوله: «وهل يجوز إلخ» أحدهما لا يجوز وهو المذهب؛ لأنه متهم في حقهم ويميل في ترك الاستقصاء عليهم، والثاني: يجوز؛ لأنهم غيره وقد امتثل أمر الموكل، قال في الإنصاف: والصواب أن الخلاف هنا مبني على عدم الصحة في المسألة التي قبلها. الإنصاف (٥/٣٤٠)، المبدع (٤/٣٣٦).

(تنبيه) مفهوم كلامه جواز بيعه لإخوته وسائر أقاربه وهو صحيح وهو المذهب قال في الإنصاف: حيث حصل تهمة في ذلك لم يصح. الإنصاف (٥/٣٤٠).

(٣) قوله: «ولا يجوز أن يبيع إلخ» وكذا لا يجوز أن يبيع بغير غالب نقد البلد إن كان فيه نقود، ومراده إذا اطلق الوكالة وهذا المذهب لأن عقد الوكالة لم يقتضه وإذا أطلق الوكالة لم يجز أن يبيع بمنفقة ولا بعرض على الصحيح من المذهب، وفي العرض احتمال بالصحة وهو رواية في الموجز. الإنصاف للمرداوي (٥/٣٤١).

(٤) قوله: «وإن باع إلخ» هذا المذهب نص عليه وعليه أكثر الأصحاب وهو من المفردات، وفي قدره وجهان أحدهما ما بين ثمن المثل وما باعه، والثاني ما يتغابن الناس به وما لا يتغابنون، لأن ما لا يتغابن الناس به عادة كدرهم في عشرة فإنه يصح بيعه به ولا ضمان عليه لأنه لا يمكن التحرز منه، فلو باع بثمن المثل ثم حضر من يزيد في مدة الخيار لم يلزمه فسخ العقد على الأشهر لأن الزيادة منهي عنها. المبدع (٤/٣٣٧).

(فائدة) الوصي وناظر الوقف كالوكيل فيما إذا باع بدون ثمن المثل أو اشترى بأكثر منه ذكره الشيخ تقي الدين، وتضمينه مع اجتهاده وعدم تفريطه مشكل فإن قواعد المذهب تشهد له بروايتين بما إذا رمى إلى صف الكفار يظنه كافرا فبان مسلما ففي ضمانه روايتان. المبدع (٤/٣٣٨).

على قوله: «إن كان لا يستضر بحفظ الثمن في الحال» وهو أحد الوجهين والوجه =

فباعه بدينار صح في أحد الوجهين. وإن قال بعه بألف نسأ فباعه بألف حالة صح إن كان لا يستضر بحفظ الثمن في الحال، وإن وكله في الشراء فاشترى بأكثر من ثمن المثل أو بأكثر مما قدره له[1] أو وكله في بيع شيء فباع نصفه بدون ثمن الكل لم يصح[2]،وإن اشتراه بما قدره له مؤجلا أو قال اشتر لي شاة بدينار فاشترى شاتين تساوي إحداهما دينارًا أو اشترى شاة تساوي دينارا بأقل منه صح[3] وإلا لم يصح، وليس له شراء معيب فإن وجد بما اشترى عيبا فله

«**بألف حالة**» الألف: مذكر، وأنث «**حالة**» باعتبار أنه دراهم، قال ابن السكيت: لو قلت: هذه الألف بمعنى هذه الدراهم ألف، لجاز، والجمع: ألوف، وآلاف. و«**حالة**» بالجر: صفة لألف، ويجوز نصبه على الحال على ضعف.

=

الثاني يصح مطلقا ما لم ينهه وهو المذهب. المبدع (٣٣٩/٤).

(١) قوله: «وإن وكله في الشراء إلخ» أي لم يصح إذا كان مما لا يتغابن الناس بمثله ذكره في الشرح وهو أحد الوجهين، والوجه الثاني يصح وهو المذهب نص عليه ويضمن الزيادة هو ومضارب. المبدع (٣٣٩/٤).

(٢) قوله: «أو وكله في بيع إلخ» أي لأنه بيع غير مأذون فيه ولما فيه من الضرر أشبه ما لو وكله في شراء شيء فاشترى بعضه، ومحله ما إذا باعه بدون ثمن المثل فلو باعه بثمن جميعه صح ذكره في المغني والشرح، وعلى الأول ما لم يبع الباقي أو يكن عبيد أو صبرة ونحوها فيصح مفرقا ما لم يأمره ببيعه صفقة واحدة.

على قوله: «وإن اشتراه بما قدره له مؤجلا» صح وهو المذهب لأنه زاده خيرا، وقيل لا يصح إن حصل ضرر وجزم به في الوجيز قال في الإنصاف وهو الصواب. انظر المبدع (٣٣٩/٤).

(٣) قوله: «أو قال اشتر لي شاة إلخ» لما روى أحمد عن سفيان عن شبيب هو ابن غرقدة سمع الحي يخبرون عن عروة بن الجعد أن رسول الله ﷺ بعث معه دينار يشترى له به أضحية وقال مرة أو شاة فاشترى له اثنتين فباع واحدة بدينار وأتاه بالأخرى فدعا له بالبركة فكان لو اشترى التراب لربح فيه. ورواه البخاري في ضمن حديث متصل لعروة حدثنا علي بن عبد الله حدثنا سفيان. المبدع (٣٣٩/٤-٣٤٠).

على قوله: «وإلا لم يصح» أي إذا كانت كل منهما تساوى أقل من دينار لأنه لم يحصل له المقصود فلم يقع البيع له لكونه غير مأذون فيه. المبدع (٣٤٠/٤).

الرد[1]، فإن قال البائع موكلك قد رضي بالعيب فالقول قول الوكيل مع يمينه أنه لا يعلم ذلك، فإن رده فصدق الموكل البائع في الرضى بالعيب فهل يصح الرد؟ على وجهين[2]. وإن وكله في شراء معين فاشتراه ووجده معيبا فهل له رده قبل إعلام الموكل؟ على وجهين[3]. وإن قال اشتر لي بعين هذا الثمن فاشترى له في ذمته لم يلزم الموكل[4]، وإن قال اشتر لي في ذمتك وانقد الثمن فاشترى بعينه صح[5]. وإن أمره ببيعه في سوق بثمن فباعه به في آخر صح، وإن قال بعه لزيد فباعه من غيره لم يصح، وإن وكله في بيع شيء ملك تسليمه و لم يملك قبض ثمنه صح إلا بقرينة[6]، فإن تعذر قبضه لم يلزم الوكيل شيء، وإن وكله في بيع فاسد

---

(١) قوله: «وليس له شراء معيب» أي لا يجوز له لأن الإطلاق يقتضي السلامة ولذلك جاز له الرد به، ومحله ما لم يعينه له موكله فإن فعل عالما بعيبه لزمه إن لم يرضه موكله فإن اشتراه بعين المال لم يصح على المذهب. المبدع (٣٤٠/٤).

(٢) قوله: «فإن رده إلخ» أشهرهما لا يصح الرد وهو باق للموكل لأن رضى الموكل بالعيب عزل للوكيل عن الرد ومنع له، فعلى هذا للموكل استرجاعه وللبائع رده عليه، والثاني يصح بناء على أن الوكيل لا ينعزل قبل العلم بعزله فيكون الرد صادف ولاية. المبدع (٣٤١/٤).

(٣) قوله: «وإن وكله في شراء عين إلخ» أحدهما له ذلك لأن الأمر يقتضي السلامة أشبه ما لو وكله في شراء موصوف، والثاني وهو الأشهر لا؛ لأن الموكل قطع نظره بالتعيين فربما رضيه بجميع صفاته، وعلى الأول حكمه حكم غير المعين، وإن علم عيبه قبل شرائه فهل له شراؤه؟ فيه وجهان، والمقدم له شراؤه. انظر المبدع (٣٤١/٤).

على قوله: «على وجهين» الصحيح يصح.

(٤) قوله: «وإن قال اشتر لي إلخ» أي لأن الثمن إذا تعين انفسخ العقد بتلفه أو كونه مغصوبا و لم يلزمه ثمن في ذمته وهذا غرض صحيح للموكل وظاهره ولو نقد المعين ويقع الشراء للوكيل، وهل يقف على إجازة الموكل؟ فيه الروايتان. المبدع (٣٤٢/٤).

(٥) قوله: «وإن قال إلخ» أي ولزم الموكل ذكره الأصحاب لأنه أذن له في عقد يلزمه به الثمن مع بقاء الدراهم وتلفها فكان إذنا في عقد لا يلزمه الثمن إلا مع بقائها، وقيل إن رضي به وإلا بطل، وقيل لا يصح لأنه قد يكون له غرض في الشراء في الذمة لشبهة فيها. المبدع (٣٤٢/٤).

على قوله: «لم يصح» بغير خلاف نعلمه. المبدع (٣٤٢/٤).

(٦) قوله: «و لم يملك قبض ثمنه إلخ» أي لأنه قد يوكل في البيع من لا يأمنه على قبض الثمن قال في الإنصاف وهو الصواب وهذا أحد الوجوه، والوجه الثاني لا يملك قبض ثمنه =

أو كل قليل وكثير لم يصح[1]، وإن وكله في بيع ما له كله صح، وإن قال اشتر ما شئت أو عبدا بما شئت لم يصح حتى يذكر النوع وقدر الثمن[2]، وعنه ما يدل على أنه يصح[3]، وإن وكله في الخصومة لم يكن وكيلا في القبض[4]، وإن وكله

«في الخصومة» أي: في إثبات الحق، لأنه لا يتوصل إلى القبض إلا بها غالبًا.

=

مطلقا وهو المذهب كالحاكم وأمينه، والوجه الثالث يملكه مطلقا فعلى المذهب إن تعذر قبض الثمن من المشتري لم يلزم الوكيل شيء كما لو ظهر المبيع مستحقا أو معيبا وعلى الثالث ليس له تسليم المبيع إلا بقبض الثمن أو حضوره وإن سلمه قبل قبضه ضمنه، وعلى الأول إن دلت قرينة على قبضه ولم يقبضه ضمنه وإلا فلا. الإنصاف (٥/٣٥٢-٣٥٣).

(فائدة) وكذا الحكم لو وكله في شراء سلعة هل يقبضها أم لا، يقبضها إن دلت قرينة عليه؟ وإن أخر تسليم ثمنه بلا عذر ضمنه على الصحيح من المذهب نص عليه وقيل لا يضمن. الإنصاف (٥/٣٥٣).

على قوله: «أو كل قليل وكثير لم يصح» على الصحيح من المذهب لأنه يدخل فيه كل شيء من طلاق وعتاق ووصية. انظر المبدع (٤/٣٤٤).

(١) قوله: «وإن وكله في بيع فاسد إلخ» إذا وكله في بيع فاسد فباع بيعا صحيحا لم يصح، قطع به الأصحاب. المبدع (٤/٣٤٤).

(٢) قوله: «وإن قال اشتر لي إلخ» هذا المذهب لأن ما يمكن شراؤه والشراء به يكثر فيكثر فيه الغرر. المبدع (٤/٣٤٤).

(٣) قوله: «وعنه ما يدل إلخ» فإنه روي عنه فيمن قال ما اشتريت من شيء فهو بيننا أن هذا جائز وأعجبه، وهذا توكيل في شراء كل شيء لأنه إذن في التصرف فجاز من غير تعيين كالإذن في التجارة، وكما لو قال بع من مالي ما شئت، وهذا ظاهر ما اختاره في المغني والشرح. المبدع (٤/٣٤٤).

(٤) قوله: «وإن وكله في الخصومة إلخ» أي ولا الإقرار عليه وهذا الصحيح من المذهب لأن الإذن لم يتناوله نطقا ولا عرفا لأنه قد يرضى للخصومة من لا يرضاه للقبض إذ معنى الوكالة في الخصومة الوكالة في إثبات الحق، وذكر ابن البنا في تعليقه أنه يكون وكيلا في القبض لأنه مأمور بقطع الخصومة ولا تنقطع إلا به، قال في الإنصاف الذي ينبغي أن يكون وكيلا في القبض إن دلت عليه قرينة كما اختاره المصنف وجماعة فيما إذا وكله في بيع شيء أنه لا يملك قبضه إلا بقرينة. المبدع (٤/٣٤٥)، الإنصاف (٥/٣٥٥).

على قوله: «في أحد الوجهين» وهو المذهب لأنه لا يتوصل إليه إلا بالثبت. المبدع (٤/٣٤٥)، الإنصاف (٥/٣٥٥).

في القبض كان وكيلا في الخصومة في أحد الوجهين[1]، وإن وكله في قبض الحق من إنسان لم يكن له قبضه من وارثه، وإن قال اقبض حقي الذي قبله فله القبض من وارثه[2]، وإن قال اقبضه اليوم لم يملك قبضه غدا[3]، وإن وكله في الإيداع فأودع ولم يشهد لم يضمن[4]، وإن وكله في قضاء دين فقضاه ولم يشهد فأنكره الغريم ضمن[5] إلا أن يقضيه بحضرة الموكل[6].

---

(١) قوله: «وإن وكله إلخ» أي لأنه لم يؤمر بذلك ولا يقتضيه العرف، ومقتضاه أن له قبضه من وكيله وهو كذلك لأنه قائم مقامه، فإن قلت فالوارث كذلك قلت الوكيل لما دفع بإذنه جرى مجرى تسليمه. انظر المبدع (٤/٣٤٥-٣٤٦).

(٢) قوله: «وإن قال اقبض إلخ» أي لأن الوكالة اقتضت قبض حقه مطلقا فشمل القبض من الوارث لأنه من حقه. المبدع (٤/٣٤٦).

(٣) قوله: «وإن قال اقبضه إلخ» أي لتقييدها بزمان معين لأنه قد يختص غرضه في زمن حاجته إليه. المبدع (٤/٣٤٦).

(٤) قوله: «وإن وكله في الإيداع فأودع ولم يشهد لم يضمن» هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب لعدم الفائدة في الإشهاد إذ المودع يقبل قوله في الرد والتلف فلم يكن مفرطا في عدم الإشهاد، وقيل يضمن وذكره القاضي رواية لأن الوديعة لا تثبت إلا ببينة فهو كما لو وكله في قضاء دين، وبأن الفائدة في الإشهاد هو ثبوت الوديعة فلو مات أخذت من تركته، فإن قال الوكيل دفعت المال إلى المودع فأنكر قبل قول الوكيل لأنهما اختلفا في تصرفه فيما وكل فيه. المبدع (٤/٣٤٦)، الإنصاف (٥/٣٥٦).

(٥) قوله: «وإن وكله في قضاء إلخ» هذا المذهب بشرطه لأنه مفرط حيث لم يشهد، قال القاضي سواء صدقه أو كذبه لأنه إنما أذن في قضاء مبرئ المبدع (٤/٣٤٦) الإنصاف (٥/٣٥٦).

(٦) قوله: «إلا أن يقضيه إلخ» يعني أنه إذا قضاه بحضرته من غير إشهاد لا يضمن، وهذا المذهب لأن حضوره قرينة رضاه بالدفع بغير بينة، وقيل يضمن اعتمادا على أن الساكت لا ينسب إليه قول، وعنه لا يرجع إلا أن يكون أمر بالإشهاد فلم يفعل قدمه في الفروع، وتقدم نظير هذه المسألة فيما إذا قضى الضامن الدين، وتقدم أيضا في الرهن فيما إذا قضى العدل المرتهن. المبدع (٤/٣٤٦)، الإنصاف (٥/٣٥٧).

فصل

والوكيل أمين لا ضمان عليه فيما تلف في يده بغير تفريط(1)،والقول قوله: مع يمينه في الهلاك ونفي التفريط(2)، وإن قال بعت الثوب وقبضت الثمن فتلف فالقول قوله(3)، وإن اختلفا في رده إلى الموكل فالقول قوله إن كان متطوعا(4)، وإن كان بجعل فعلى وجهين(5)، وكذلك يخرج في الأجير والمرتهن(6)،

«**بغير تفريط**» التفريط: مصدر فرط، أي: قصر في الشيء، وضيعه حتى فات.

---

(1) قوله: «والوكيل إلخ» هذا المذهب لأنه نائب المالك في اليد والتصرف، وكذا حكم كل من في يده شيء لغيره على سبيل الأمانة كالوصي ونحوه، وظاهره سواء كان بجعل أو لا وأنه لا فرق بين تلف العين الموكل فيها أو تلف ثمنها، وظاهره أنه يضمن إن فرط بأن لا يحفظ ذلك في حرز مثلها، وفي المغني أو يركب الدابة أو يلبس الثوب، أو يطلب منه المال فيمتنع من دفعه لغير عذر لأن التعدى أبلغ من التفريط.
انظر المبدع (٣٤٧/٤)، الإنصاف (٣٥٧/٥).

(2) قوله: «والقول إلخ» هذا المذهب لأنه أمين والأصل براءة ذمته، ولو كلف إقامة البينة على ذلك لامتنع الناس من الدخول في الأمانات مع دعاء الحاجة إليها، لكن إذا ادعى التلف بأمر ظاهر كحريق عام ونهب جيش كلف إقامة البينة عليه ثم يقبل قوله فيه.
المبدع (٣٤٧/٤)، الإنصاف (٣٥٧/٥).

(3) قوله: «ولو قال بعت الثوب إلخ» هذا المذهب لأنه يملك البيع والقبض فقبل قوله.
المبدع (٣٤٧/٤-٣٤٨)، الإنصاف (٣٥٨/٥).
(فائدة) لو وكله في شراء شيء فاشتراه واختلفا في قدر ثمنه قبل قول الوكيل على الصحيح من المذهب. الإنصاف (٣٥٨/٥).

(4) قوله: «وإن اختلفا في رده إلخ» وهو المذهب، وقيل لا وجزم به ابن الجوزي في قوله تعالى: ﴿فَأَشْهِدُواْ عَلَيْهِمْ﴾. المبدع (٤٣٤٨)، الإنصاف (٣٥٨/٥).

(5) قوله: «وإن كان بجعل إلخ» أحدهما يقبل قوله مع يمينه لأنه أمين، والثاني لا يقبل إلا ببينة لأنه قبض المال لنفع نفسه فلم يقبل قوله في ذلك كالمستعير، قال في المبدع وهو الأشهر. المبدع (٣٤٨/٤).
على قوله: «فعلى وجهين» أحدهما لا يقبل قوله إلا ببينة وهو المذهب.

(6) قوله: «وكذلك يخرج إلخ» أي الاشتراك الكل في قبض العين، وكذا المستأجر والشريك والمضارب والمودع وغيرهم، وتقدم في كلام المصنف أن القول قول الراهن إذا ادعى المرتهن رده وأنه المذهب، وتقدم أن القول قول الولى في دفع المال إلى المولى عليه على الصحيح. المبدع (٣٤٨/٤).
(فائدتان): إحداهما: لو أنكر الوكيل قبض المال ثم ثبت فادعى الرد أو التلف لم يقبل لثبوت جنايته بجحده ولو أقام به بينة في وجه لأنه مكذب لها.
الثانية: لو ادعى الرد إلى غير من ائتمنه بإذن الموكل قبل قول الوكيل على الصحيح من المذهب. انظر الإنصاف (٣٥٩/٥).

وإن قال أذنت لي في البيع نسأ وفي الشراء بخمسة فأنكره فعلى وجهين[1]، وإن قال وكلتني أن أتزوج لك فلانة ففعلت وصدقته المرأة فأنكره فالقول قول المنكر بغير يمين، وهل يلزم الوكيل نصف الصداق؟ على وجهين. ويجوز التوكيل بجعل[2] وبغيره فلو قال بع ثوبي بعشرة فما زاد فلك صح. نص

«**بجعل**» يأتي تفسيره في باب «**الجعالة**».

«**فلانة**» فلانُ وفلانة: كناية عن اسم سمي به المحدث عنه، خاص غالب، ويقال في غير الناس: الفلان والفلانة، كله عن الجوهري، والله أعلم.

---

(١) قوله: «وإن قال أذنت لي في البيع إلخ» أو قال وكلتك في بيع هذا العبد قال بل في بيع الأمة فالمذهب أنه يقبل قول الوكيل، ونص عليه في المضارب لأنه أمين في التصرف. والثاني يقبل قول المالك لأنه يقبل قوله في أصل الوكالة فكذا في صفتها وهذا قول أصحاب الرأى والشافعي وابن المنذر، قال الشارح وهذا أصح لوجهين: أحدهما أنهما اختلفا في التوكيل الذي يدعيه الوكيل فكان القول قول من ينفيه كما لو لم يقر الموكل بتوكيله في غيره، والثاني أنهما اختلفا في صفة قول الموكل فكان القول قوله في صفة كلامه كما لو اختلف الزوجان في صفة الطلاق، وحكي عن مالك إن أدركت السلعة فالقول قول الموكل وإن فاتت فالقول قول الوكيل، لأنها إذا فاتت لزم الوكيل الضمان والأصل عدمه، بخلاف ما إذا كانت موجودة. فعليه لو قال اشتريت لك هذه الجارية فقال إنما أذنت في شراء غيرها قبل قول المالك مع يمينه، فإذا حلف برئ من الشراء ، ثم إن كان الشراء وقع بعين المال فهو باطل. الشرح الكبير (١٢٣/٣).

(فائدة) إذا قبض الوكيل الثمن فهو أمانة في يده لا يلزمه تسليمه قبل طلبه ولا يضمنه بتأخيره، فإن طلبه فأخر الرد مع إمكانه فتلف ضمنه. المبدع (٣٥٠/٤).

على قوله: «فعلى وجهين» يعني إذا اختلفا في صفة الوكالة.

على قوله: «فالقول قول المنكر» لأنهما اختلفا في أصل الوكالة فقبل قول الموكل إذ الأصل عدمها ولم يثبت أنه أمينه فقبل قوله عليه. المبدع (٣٥٠/٤).

على قوله: «فالقول قول المنكر بغير يمين» نص عليه لأن الوكيل يدعي حقا لغيره ومقتضاه أنه يستحلف إذا ادعته المرأة صرح به في المغني والشرح. المبدع (٣٥٠/٤)، والإنصاف (٣٦٢/٥).

على قوله: «على وجهين» وذكر غيره روايتين أصحهما لا يلزمه شيء لتعلق حقوق العقد بالموكل، وهذا ما لم يضمنه فإن ضمنه فلها الرجوع عليه بنصفه لضمانه عنه. انظر المبدع (٣٥٠/٤).

(٢) قوله: «بجعل» أي معلوم لأنه عليه الصلاة والسلام كان يبعث عماله لقبض الصدقات ويجعل لهم جعلا، وظاهره أنه يستحق الجعل بالبيع قبل قبض الثمن جزم به في المغني والشرح ما لم يشترطه عليه. المبدع (٣٥١/٤).

عليه[1].

فصل

فإن كان عليه حق لإنسان فادعى أنه وكيل صاحبه في قبضه فصدقه لم يلزمه الدفع إليه[2] وإن كذبه لم يستحلف، فإن دفع إليه فأنكر صاحب الحق الوكالة حلف ورجع على الدافع وحده[3]، وإن كان المدفوع وديعة فوجدها أخذها، فإن تلفت فله تضمين من شاء منهما ولا يرجع من ضمنه على الآخر[4]، وإن كان ادعى أن

---

(١) قوله: «فلو قال إلخ» روي عن ابن عباس - رضي الله عنهما - رواه سعيد بإسناد جيد ولم يعرف له في عصره مخالف، وكرهه الثوري وأبو حنيفة والشافعي لأنه أجر مجهول يحتمل الوجود والعدم، فعلى هذا إن باعه بزيادة فهي له وإن باعه بما عينه فلا شيء له. المبدع (٣٥١/٤).

(٢) قوله: «فصدقه إلخ» أي لأن عليه فيه مشقة لجواز أن ينكر الموكل الوكالة فيستحق عليه الرجوع اللهم إلا أن تقوم به بينة، وسواء كان الحق في ذمته أو وديعة عنده. المبدع (٣٥٢/٤).

على قوله: «حلف» أي الموكل لأنه يحتمل صدق الوكيل فيها. المبدع (٣٥٢/٤).

(٣) قوله: «ورجع على الدافع وحده» أي لأن حقه في ذمته ولم يبرأ منه بتسليمه إلى غير وكيله ويرجع الدافع على الوكيل مع بقائه أو تعديه، وظاهره أنه إذا صدق الوكيل برئ الدافع.

قوله: «ويرجع على الدافع وحده» أي إن كان الحق دينا لأن حقه في ذمته ويرجع الدافع على الوكيل بما دفع له مع بقائه أو تعديه في تلف أو تفريطه حتى تلف لاستقراره عليه بالتعدي والتفريط وإن لم يتعد الوكيل فيه فتلف بيده لم يرجع الدافع على الوكيل حيث صدقه على دعوى الوكالة لأنه يدعى أن ما أخذ المالك ظلم ويقر بأنه لم يوجد من صاحبه تعد فلا يرجع على صاحبه بظلم غيره وإن كان دفع بغير تصديق رجع مطلقا. المبدع (٣٥٢/٤).

على قوله: «فوجدها» صاحبها. المبدع (٣٥٢/٤).

على قوله: «فله تضمين من شاء منهما» أي من الدافع والقابض، لأن الدافع ضمنها بالدفع والقابض قبض ما لا يستحقه. المبدع (٣٥٢/٤).

(٤) قوله: «ولا يرجع إلخ» أي لأن كل واحد منهما يدعى أن ما يأخذه المالك ظلم ويقر بأنه لم يوجد من صاحبه تعد، فلا يرجع على صاحبه بظلم غيره إلا أن يكون الدافع دفعها إلى الوكيل من غير تصديق فيرجع على الوكيل ذكره الشيخ تقي الدين وفاقا لكونه لم يقر بوكالته ولم يثبت ببينة، قال ومجرد التسليم ليس تصديقا. ثم قال: وإن صدقه ضمن في أحد القولين في مذهب أحمد بل نصه لأنه متى لم يتبين صدقه فقد =

صاحب الحق أحاله به ففي وجوب الدفع إليه مع التصديق واليمين مع الإنكار وجهان[1]. وإن ادعى أنه مات وأنا وارثه لزمه الدفع إليه مع التصديق،واليمين مع الإنكار.

=

غره. المبدع (٣٥٢/٤).

على قوله: «ولا يرجع من ضمنه على الآخر» هذا إذا كان الدافع صدقه، لكن إن كان الوكيل تعدى فيها أي الوديعة أو فرط ضمن ولو كان الدافع صدقه.

(١) قوله: «وإن كان إلخ» أحدهما وهو المذهب أنه لا يلزمه ذلك لأن الدفع إليه غير مبرئ لاحتمال أن ينكر المحيل الحوالة فهو كدعوى الوكالة والوصية.

على قوله: «لزمه الدفع إليه مع التصديق» وهو المذهب.

على قوله: «واليمين مع الإنكار» وهو المذهب.

(مسائل) الأولى: قال أحمد رحمه الله تعالى إذا دفع إلى رجل ثوبا ليبيعه فوهب له المشتري منديلا فالمنديل لصاحب الثوب. المبدع (٣٥٣/٤).

الثانية: في الشهادة على الوكالة ، إذا شهد بالوكالة شاهد وامرأتان أو شاهد وحلف معه فقال أصحابنا فيها روايتان إحداهما تثبت بذلك إذا كانت الوكالة في المال، والثانية لا تثبت إلا بشاهدين عدلين، وهذا قول الشافعي لأن الوكالة إثبات للتصرف فإن شهدا بوكالة ثم قال أحدهما قد عزله لم تثبت وكالته بذلك، وإن كان الشاهد بالعزل أجنبيا لم يثبت العزل بشهادته وحده لأن العزل لا يثبت إلا بما يثبت به التوكيل. الشرح الكبير (١٣٠/٣).

الثالثة إذا شهد أحدهما أنه وكله يوم الجمعة وشهد آخر أنه وكله يوم السبت لم تتم الشهادة، وإن شهد أحدهما أنه أقر بتوكيله يوم الجمعة وشهد آخر أنه أقر به يوم السبت تمت الشهادة. الشرح الكبير (١٣٠/٣-١٣١).

الرابعة: لا تثبت الوكالة والعزل بخبر الواحد وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة تثبت الوكالة بخبر الواحد وإن لم يكن ثقة، ويجوز التصرف للمخبر بذلك إذا غلب على ظنه صدق المخبر بشرط الضمان إن أنكر الموكل، ويثبت العزل بخبر الواحد إذا كان رسولا لأن اعتبار شاهدين عدلين في هذا يشق، ولنا أنه عقد مالي فلا يثبت بخبر الواحد كالبيع. الشرح الكبير (١٣١/٣).

الخامسة: لو ادعى أن فلانا الغائب وكله في تزويج امرأة فتزوجها له ثم مات الغائب لم ترثه المرأة لعدم تحقق صحة النكاح إذ لا يقبل قوله أنه وكيله إلا بتصديق الورثة أو يثبت ببينة، ولو وكله أن يتزوج له امرأة فتزوج الوكيل غيرها لم يصح العقد للمخالفة ، أو تزوج إنسان له بغير إذنه فالعقد فاسد ولو أجازه المعقود له كبيع الفضولي.

السادسة: إذا قال رب دين لرجل مدين له: اشتر لي بديني عليك طعاما أو غيره ففعل لم يصح، لأنه لا يملكه إلا بقبضه فلا يصح تصرفه فيه قبله فلا يصح توكيله، فإن قال اشتر لي كذا في ذمتك واقبض الثمن عني من مالك أو أسلف لي ألفا في كر طعام

=

كتاب الشركة

وهى على خمسة أضرب: (**أحدها: شركة العنان**[1]) وهى أن يشترك اثنان بماليهما[2] ليعملا فيه ببدنيهما وربحه لهما[3] فينفذ تصرف كل واحد منهما فيهما بحكم الملك في نصيبه والوكالة في نصيب شريكه[4]. ولا تصح إلا بشرطين: (أحدهما) أن يكون رأس المال دراهم أو دنانير[5]، وعنه تصح

=

واقبض الثمن عني من مالك أو اقبض الثمن من الدين الذي عليك صح.

السابعة: لو كان لرجل عند آخر دنانير وثياب فبعث إليه رسولاً فقال رب الدنانير والثياب: خذ دينارًا وثوبًا فأخذ دينارين وثوبين فضاعت المأخوذات فضمان الدينار والثوب الزائدين على الباعث أي الذي أعطاه الدينارين والثوبين، ويرجع الباعث بالزائد من الدينار والثوب على الرسول. ذكره في المغني وغيره.

(مسألة) تقبل شهادة الوكيل على موكله لعدم التهمة، وتقبل شهادة الوكيل للموكل فيما لم يوكل فيه، فإن شهد الوكيل بما كان وكيلاً فيه بعد عزله من الوكالة لم تقبل شهادته سواء كان الوكيل خاصم فيه بالوكالة أو لم يخاصم لأنه بقصد الوكالة صار خصما فيه. الشرح الكبير (٣/١٣١-١٣٢).

(١) قوله: «شركة العنان» شركة العنان جائزة بالإجماع وإن اختلف في بعض شروطها، وهى مشتقة من عَنَّ إذا عرض، فكل واحد من الشريكين عنَّ له أن يشارك صاحبه. قاله الفراء. وغيره. المبدع (٤/٣٥٥-٣٥٦).

(٢) قوله: «وهي أن يشترك اثنان إلخ» أي سواء كانا من جنس أو جنسين، ومن شرط صحتها أن يكون المالان معلومين، وإن اشتركا في مختلط بينهما شائعًا صح إن علما قدر ما لكل واحد منهما. ومن شرط صحتها أيضا حضور المالين على الصحيح من المذهب، وقيل أو حضور مال أحدهما اختاره القاضي في المجرد. المبدع (٤/٣٥٦).

(٣) قوله: «ليعملا إلخ» والصحيح من المذهب أو يعمل فيه أحدهما لكن بشرط أن يكون له أكثر من ربح ماله، وهى شركة عنان على الصحيح من المذهب، وقيل مضاربة، فإن شرط له ربحا قدر ماله فهو إبضاع، وإن شرط له ربحا أقل من ماله لم يصح على الصحيح من المذهب قدمه في الفروع وجزم به في المغني والشرح وغيرهم. المبدع (٤/٣٥٦)، الإنصاف (٥/٣٦٨).

(٤) قوله: «فينفذ تصرف إلخ» هذا بلا نزاع لأن تصرفه في نصيب شريكه بجهة الإذن فهو كالوكالة، ودل أن لفظ الشركة يغني عن إذن صحيح وهذا هو الأصح والمعمول به عند أصحابنا. المبدع (٤/٣٥٦)، الإنصاف (٥/٣٦٨-٣٦٩).

(٥) قوله: «ولا تصح إلا إلخ» هذا لمذهب، فلا تصح بالعروض لأن الشركة بها إما أن تقع =

كتاب الشركة

قال ابن القطاع: يقال: شَرِكْتُكَ في الأمر أَشْرَكَكَ شِرْكًا وشِرْكة، وحكي: بوزن نعمة وسرقة، وحكى مكي لغة ثالثة: شَرْكَة بوزن تمرة، وحكى ابن سيده: شركته في الأمر وأشركته. وقال الجوهري: وشَرَكْتُ فلانا: صرت شريكه، واشْتَركْنا، وتَشَاركْنا في كذا، أي: صرنا فيه شركاء. والشِّرك بوزن العلم: الإشراك، والنصيب[1]، قال المصنف رحمه الله في «**المغني**» هو: الاجتماع في استحقاق، أو تصرف[2].

«**العنان**» بكسر العين، وفي تسميتها بذلك ثلاثة أوجه. أحدها: أنها من عنَّ الشيء يعِن، يعُن بكسر العين وضمها: إذا عرض، كأنه عَنَّ لهما هذا المال أي: عرض فاشتركا فيه، قاله الفراء، وابن قتيبة، وغيرهما. والثاني: أن العنان: مصدر عانه عنًّا ومعانة: إذا عارضه، فكل واحد منهما عارض الآخر بمثله ماله وعمله. والثالث: أنها شبهت في تساويهما في المال والبدن بالفارسين إذا سوِّيا بين فرسيهما، وتساويا في السير، فإن عنانيهما يكونان سواء. ذكر المصنف رحمه الله معنى الثلاثة في «**المغني**». والعنان في اللغة: السير الذي يمسك به اللجام.

=

على أعيانها أو على قيمتها أو على ثمنها وكل ذلك لا يجوز، أما الأول فلأن العقد يقتضي الرجوع عند المفاصلة برأس المال ولا مثل له فيرجع به، وأما الثاني فلأن القيمة قد تزيد بحيث تستوعب جميع الربح، وقد تنقص بحيث يشاركه الآخر في ثمن ملكه الذي ليس بربح، مع أن القيمة غير متحققة المقدار فيفضي إلى التنازع، وأما الثالث فلأن الثمن معدوم حال العقد ولا يملكانها لأنه إن أراد ثمنها الذي اشتراها به فقد خرج عن ملكه وصار للبائع. وإن أراد ثمنها الذي يبيعها به فإنها تصير شركة معلقة على شرط وهى بيع الأعيان. انظر المبدع (٤/٣٥٦)، الإنصاف (٥/٣٦٩).

(١) فالشركة لغة: الاشتراك. انظر لسان العرب (٤/٢٢٤٨).

(٢) وذكره الشيخ ابن مفلح. انظر، المبدع (٥/٣) المكتب.

بالعروض[1] ويجعل رأس المال قيمتها وقت العقد، وهل تصح بالمغشوش والفلوس؟ على وجهين[2]. و(**الثاني**) أن يشترطا لكل واحد جزءًا من الربح مشاعا معلومًا[3]، فإن قال: الربح بيننا فهو بينهما نصفين. فإن لم يذكرا الربح[4] أو شرطا لأحدهما جزءًا مجهولا[5] أو دراهم[6] معلومة. أو ربح أحد الثوبين لم يصح[7]. وكذلك الحكم في المساقاة والمزارعة. ولا يشترط أن يخلطا المالين[8] ولا

---

(١) قوله: «وعنه تصح بالعروض» اختارها أبو بكر وأبو الخطاب وقدمها في المحرر وابن عبدوس في تذكرته وصاحب الفائق، قال في الإنصاف وهو الصواب لأن مقصود الشركة جواز تصرفهما في المالين جميعا وكون الربح بينهما وهذا يحصل من العروض من غير غرر كما يحصل من الأثمان، فعلى هذا يجعل رأس المال قيمتها وقت العقد ويرجع كل واحد منهما عند المفارقة بقيمة ماله عند العقد كما جعلنا نصابها به قيمتها وسواء كانت مثلية أو غير مثلية. المبدع (٣٥٧/٤).

(٢) قوله: «وهل تصح إلخ» أحدهما وهو المذهب أنها لا تصح لأن المغشوش لا يمكن ضبط غشه فلا يمكن رد مثله، والفلوس تزيد قيمتها وتنقص أشبهت العروض ويستثنى منه الغش اليسير لمصلحة كحبة فضة في دينار، وظاهر كلام المصنف في الفلوس أنها سواء كانت نافقة أو لا وهو أحد الوجهين، والصحيح من المذهب أن محل الخلاف إذا كانت نافقة. المبدع (٣٥٧/٤)، الإنصاف (٣٧٠/٥).

(٣) قوله: «الثاني إلخ» اشترط كونه مشاعًا لأنه لو عين دراهم معلومة احتمل أن لا يربح غيرها فيأخذ جميع الربح، واحتمل أن لا يربح فيأخذ من رأس المال جزءا وقد يربح كثيرا فيستضر من شرطت له، واشترط كونه معلوما لأن الجهل به يفضي إلى التنازع. المبدع (٣٥٨/٤).

(٤) قوله: «فإن لم يذكرا الربح» أي لم يصح كالمضاربة لأنه المقصود من الشركة فعلى هذا يكون الربح بينهما على قدر المالين. انظر المبدع (٣٥٨/٤).

(٥) قوله: «أو شرطا إلخ» أي لم يصح لأن الجهالة تمنع تسليم الواجب. المبدع (٣٥٨/٤).

(٦) قوله: «أو دراهم معلومة» أي لم يصح. المبدع (٣٥٨/٤).

(٧) قوله: «أو ربح أحد الثوبين» أي أو ربح إحدى السفرتين أو ربح تجارته في شهر أو عام بعينه «لم يصح» لأنه قد يربح في ذلك المعين دون غيره أو بالعكس فيختص أحدهما بالربح وهو مخالف لموضوع الشركة بغير خلاف نعلمه. المبدع (٣٥٨/٤- ٣٥٩).

(٨) قوله: «ولا يشترط إلخ» أي لأنه عقد يقصد به الربح فلم يشترط فيه ذلك إذا عيناهما وأحضراهما، وبه قال أبو حنيفة ومالك، إلا أن مالكا شرط أن تكون أيديهما عليه بأن يجعلاه في حانوت لهما أو في يد وكيلهما، وقال الشافعي لا يصح حتى يخلطا المالين. المبدع (٣٥٩/٤)، الشرح الكبير (٥٨/٣).

أن يكونا من جنس واحد[1]. وما يشتريه كل واحد منهما بعد الشركة فهو بينهما[2]. وإن تلف أحد المالين فهو من ضمانهما[3] والوضيعة على قدر المال[4].

فصل

ويجوز لكل واحد منهما أن يبيع ويشترى ويقبض ويقبض ويطالب بالدين ويخاصم فيه ويحيل ويحتال ويرد بالعيب ويقر به ويقايل ويفعل كل ما هو من مصلحة تجارتهما. وليس له أن يكاتب الرقيق ولا يزوجه ولا يعتقه بمال ولا يهب ولا يقرض[5] ولا يحابي ولا يضارب إلا بالمال[6] ولا به يأخذ سفتجة[7] ولا

«**والوضيعة**» هي فعيلة: بمعنى مفعولة، قال أبو السعادات: الوضيعة: الخسارة، وقد وضع في البيع يوضع وضيعة، يعني: أن الخسارة على قدر المال.

---

(١) قوله: «ولا أن يكونا إلخ» بل يجوز أن يخرج أحدهما دراهم والآخر دنانير نص عليه وبه قال الحسن وابن سيرين، وقال الشافعي لا تصح إلا أن يتفقا ولا يشترط تساوي المالين في القدر. الشرح الكبير (٥٨/٣).
(فائدة) لفظ الشركة يغني عن إذن صحيح بالتصرف على الصحيح من المذهب.

(٢) قوله: «وما يشتريه إلخ» أي لأن العقد وقع على ذلك فإن اشتراه لنفسه فهو له لأنه أعلم بنيته. الإنصاف (٣٧١/٥).

(٣) قوله: «وإن تلف أحد إلخ» شمل كلام المصنف مسألتين: إحداهما إذا كانا مختلطين فلا نزاع أنه من ضمانهما، والثانية إذا تلف قبل الاختلاط فهو من ضمانهما أيضا على الصحيح من المذهب، لأن العقد اقتضى أن يكون المالان كالمال الواحد فكذا في الضمان، وعنه من ضمان صاحبه، وقال أبو حنيفة متى تلف أحد المالين فهو من ضمان صاحبه. انظر الشرح الكبير (٥٩/٣).

(٤) قوله: «والوضيعة» أي الخسران «على قدر المال» بالحساب لأنها عبارة عن نقصان رأس المال، وهو مختص بالقدر، وسواء كانت الوضيعة لتلف أو نقصان في الثمن أو غير ذلك. المبدع (٣٥٩/٤).

(٥) قوله: «ولا يقرض» هذا المذهب، وظاهره ولو برهن. المبدع (٣٦١/٤).

(٦) قوله: «ولا يضارب بالمال» هذا الصحيح من المذهب نقله الجماعة عن أحمد لأن ذلك يثبت في المال حقوقا، وعنه بلى، وحكم المشاركة في المال حكم المضاربة.

(٧) قوله: «ولا يأخذ سفتجة» أي لأن فيها خطرا، ومعناه أن يدفع إلى إنسان شيئا من مال الشركة ويأخذ منه كتابا إلى وكيله ببلد آخر ليستوفي منه المال وهذا المذهب. المبدع (٣٦١/٤).

يعطيها[1] إلا بإذن شريكه[2]. وهل له أن يودع أو يبيع نسأ أو يبضع أو يوكل فيما يتولى مثله أو يرهن أو يرتهن؟ على وجهين[3]، وليس له أن يستـــدين على

---

(١) قوله: «ولا يعطيها» أي بأن يأخذ من إنسان بضاعة ويعطيه بثمن ذلك كتابًا إلى وكيله ببلد آخر ليستوفي منه ذلك. المبدع (٣٦١/٤).

(٢) قوله: «إلا بإذن شريكه» أي لأنه يصير من التجارة المأذون فيها وهو راجع إلى الكتابة وما بعدها، والصواب الصحة فيهما مطلقًا لمصلحة كخوف الطريق ونحوه في الأولى، ويجوز لكل واحد منهما أن يؤجر ويستأجر وما يخرجه الشريك على المال من الشيل والحط والعشر والخفارة وما يتعلق بالبدرقة يحتسب به على شريكه. المبدع (٣٦١/٤).

(٣) قوله: «وهل له أن يودع إلخ» وفيه مسائل:

(الأولى) في الإيداع وأطلق المصنف فيه وجهين وهما روايتان إحداهما يجوز عند الحاجة وهو الصحيح من المذهب لأنه عادة التجار. المبدع (٣٦١/٤).

(الثانية) في البيع إلى أجل فأطلق المصنف فيه وجهين: وهما روايتان إحداهما له ذلك وهو الصحيح من المذهب، والثاني ليس له ذلك، فعلى هذا الوجه قال المصنف هو من تصرف الفضولي قال الزركشي يلزمه ضمان الثمن قال في الإنصاف وينبغي أن يكون حالا والبيع صحيح. المبدع (٣٦١/٤-٣٦٢).

(الثالثة) في الإبضاع وأطلق المصنف فيه وجهين وهما روايتان إحداهما لا يجوز له ذلك وهو المذهب لما فيه من الغرر. المبدع (٣٦٢/٤).

(الرابعة) التوكيل فميا يتولى مثله بنفسه وأطلق المصنف فيه وجهين. واعلم أن في جواز التوكيل في شركة العنان والمضاربة طريقين أحدهما أن حكمهما حكم توكيل الوكيل فيما يتولى مثله وهي طريقة جمهور الأصحاب وقد علمت أن الصحيح من المذهب أنه لا يجوز للوكيل التوكيل فيما يتولى مثله بنفسه إذا لم يعجز عنه فكذا هنا. المبدع (٣٦٢/٤).

(الخامسة) جواز رهنه وارتهانه وفيه وجهان أحدهما يجوز وهو الصحيح من المذهب قال في المغني والشرح عند الحاجة. المبدع (٣٦٢/٤).

(فائدتان) إحداهما يجوز له السفر على الصحيح من المذهب مع الإطلاق، وعنه لا يسوغ السفر بلا إذن، الإنصاف (٣٧٧/٥-٣٧٨).

(الثانية) لو سافر والغالب العطب ضمن على الصحيح من المذهب، قال في الرعاية وإن سافر سفرا يظنه آمنا لم يضمن انتهى. وكذا حكم المضاربة. وإذا ادعى هلاكه بسبب خفي صدق في الأصح، وإن كان بسبب ظاهر لم يضمنه إذا أقام بينة به ويحلف معها أنه هلك به ويصدق منكر الجناية، وإن قال لما بيده هذا لي أو لنا أو

الشركة. فإن فعل فهو عليه وربحه له إلا أن يأذن شريكه[1]. وإن أخر حقه من الدين جاز[2].

«**يحابي**» يقال: حباه يحبوه حبوًا، وحباء: إذا أعطاه، فليس له أن يعطي، لأنه تبرع، ولا يتبرع بمال غيره، وفي معناه: البيع بدون القيمة، والشراء بأكثر منها، لأنه عطية المعنى، وقد تقدم معناه في «**الحجر**».

«**ولا يأخذ به سفتجة**» السفتجة: بفتح السين المهملة والتاء المثناة فوق، بينهما فاء ساكنة وبالجيم: كتاب لصاحب المال إلى وكيله في بلد آخر، ليدفع إليه بدله، وفائدته: السلامة من خطر الطريق ومؤنة الحمل.

«**أو يبضع**» بضم الياء مضارع أبضع. قال الجوهري: البضاعة: طائفة من المال تبعث للتجارة[3]. تقول: أبضعت الشيء واستبضعته، أي: جعلته بضاعة، وقد فسره المصنف رحمه الله بعد هذا بيسير.

=

اشتريته منها لي أو لنا صدق مع يمينه سواء ربح أو خسر وإن قال صار لي بالقسمة صدق منكرها. انظر المبدع (٤/٣٦٢).

(١) قوله: «وليس له إلخ» هذا المذهب لأنه يدخل فيها أكثر مما رضي الشريك فلم يجز كما لو ضم إليها ألفا من ماله ومعناها أن يشتري بأكثر من رأس المال. المبدع (٤/٣٦٢).
(فائدتان) إحداهما لا يجوز له الشراء بثمن ليس معه من جنسه غير الذهب والفضة على الصحيح من المذهب، وقال المصنف يجوز بفضة ومعه ذهب وعكسه، قال في الإنصاف وهو الصواب. الإنصاف (٥/٣٧٨).
(الثانية) إذا قال له اعمل برأيك جاز له فعل كل ما هو ممنوع منه مما تقدم إذا رآه مصلحة. الإنصاف (٥/٣٧٩)..

(٢) قوله: «وإن أخر حقق إلخ» مفهومه أنه لا يجوز له تأخير حق شريكه من الدين الحال وهو صحيح وهو المذهب، وقيل يجوز ويضمنه إن تلف أو مات المدين. المبدع (٤/ ٣٦٣).

(٣) ذكره ابن منظور. انظر لسان العرب (١/٢٩٧) – (بضع).

وإن تقاسما الدين في الذمة لم يصح في إحدى الروايتين[1]. وإن أبرأ من الدين لزم في حقه دون صاحبه. وكذلك إن أقر بمال، وقال القاضي يقبل إقراره على مال الشركة[2]،وعلى كل واحد منهما أن يتولى ما جرت العادة أن يتولاه من نشر الثوب وطيه وختم الكيس وإحرازه، فإن استأجر من يفعل ذلك فالأجرة

---

(١) قوله: «وإن تقاسما إلخ» وهو المذهب لأن الذمم لا تتكافأ ولا تتعادل، والقسمة تقتضيها، فعليها لو تقاسما ثم توى بعض المال رجع الذي توى بعض ماله على الآخر، والثانية يصح صححه في النظم واختاره الشيخ تقي الدين وقدمه في الرعايتين وبه قال الحسن وإسحاق لأن الاختلاف لا يمنع القسمة كاختلاف الأعيان فعليها لا رجوع إذا أبرأ كل منهما صاحبه، ومحل الخلاف إذا كان في ذمتين فأكثر وأما إن كان في ذمة واحدة فلا يصح قولا واحدا قاله في المغني والشرح وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى يجوز أيضًا. المبدع (٣٦٣/٤)، الإنصاف (٣٧٩/٥).
(فائدة) لو تكافأت الذمم فقال الشيخ تقي الدين قياس المذهب من الحوالة على ملء وجوبه. الإنصاف (٣٨٠/٥).
على قوله: «لزم في حقه دون صاحبه» بلا نزاع. الإنصاف (٣٨٠/٥).
على قوله: «وكذلك إن أقر بمال» وهو المذهب سواء أقر بدين أو بعين لأن شريكه إنما أذن في التجارة دون الإقرار، ويلزم في حقه على المذهب دون شريكه. المبدع (٤/ ٣٦٣).

(٢) قوله: «وقال القاضي إلخ» قال في الإنصاف,وهو الصواب وعلله في الشرح بأن له أن يشترى من غير أن يسلم الثمن في المجلس فلو لم يقبل إقراره لضاعت أموال الناس وامتنعوا من معاملته لأن ذلك مما يحتاج إليه كالإقرار بالعيب. المبدع (٣٦٤/٤)، الإنصاف (٣٨٠/٥).
(فائدة) إذا كان بينهما دين مشترك بإرث أو إتلاف قال الشيخ تقي الدين رحمه الله أو ضريبة سبب استحقاقها واحد فلشريكه الأخذ من الغريم ومن القابض على الصحيح من المذهب لأنهما سواء في الملك، وعنه يختص به وقاله جماعة منهم أبو العالية وابن سيرين كما لو تلف المقبوض في يد قابضه تعين حقه فيه ولم يرجع على الغريم لعدم تعديه لأنه قدر حقه مع أن الأصحاب ذكروا لو أخرجه القابض برهن أو قضاء دين فله أخذه من يده كمقبوض بعقد فاسد قال في الفروع فيتوجه منه تعديه في التي قبلها ويضمنه وهو وجه واختاره الشيخ تقي الدين، ويتوجه من عدم تعديه صحة تصرفه وفي التفرقة نظر ظاهر انتهى، فإن كان القبض بإذن شريكه أو بعد تأجيل شريكه حقه أو كان الدين بعقد فوجهان والصحيح منهما أنه كالميراث وغيره كما تقدم انظر الإنصاف (٣٨٠/٥-٣٨١).

عليه، وما جرت العادة أن يستنيب فيه فله أن يستأجر من يفعله، فإن فعله ليأخذ أجرته فهل له ذلك؟ على وجهين.

فصل

والشروط في الشركة ضربان: (صحيح) مثل أن يشترط أن لا يتجر إلا في نوع من المتاع[1] أو بلد بعينه أو لا يبيع إلا بنقد معلوم أو لا يسافر بالمال ولا يبيع إلا من فلان، و (فاسد) مثل أن يشترط ما يعود بجهالة الربح أو ضمان المال[2] أو أن عليه من الوضيعة أكثر من قدر ثمنه أو أن يوليه ما يختار من السلع أو يرتفق بها أو لا يفسخ الشركة مدة بعينها فما يعود بجهالة الربح يفسد به العقد ويخرج في

«**وإن تقاسما الدين**» قسمة الدين في الذمة الواحدة لا تصح، وكذا في ذمتين فصاعدًا في أصح الروايتين.

---

(١) قوله: «ضربان صحيح إلخ» هذا المذهب وبه قال أبو حنيفة وقال مالك والشافعي إذا شرط أن لا يشترى إلا من رجل بعينه أو سلعة بعينها أو ما لا يعم وجوده كالياقوت الأحمر والخيل البلق لم يصح لأنه يفوت مقصود الشركة والمضاربة وهو التقلب وطلب الربح فلم يصح كما لو شرط أن لا يبيع ولا يشترى إلا من فلان. ولنا أنها شركة خاصة لا تمنع الربح بالكلية فصحت كما لو شرط أن لا يتجر إلا في نوع يعم وجوده ولأنه عقد يصح تخصيصه بنوع فصح تخصيصه برجل. وقولهم يمنع المقصود ممنوع وإنما يقلله وتقليله لا يمنع الصحة. انظر الشرح الكبير (٣/٦٢).

على قوله: «مثل أن يشترط أن لا يتجر إلا في نوع» سواء كان مما يعم وجوده أولاً. المبدع (٤/٣٦٥).

على قوله: «ولا يبيع إلا من فلان» أو لا يشترى إلا من فلان فهذا كله صحيح سواء كان الرجل مما يكثر المتاع عنده أو لا. المبدع (٤/٣٦٥).

(٢) قوله: «وفاسد إلخ» كل ما يعود بجهالة الربح يفسد به العقد كمثل ما ذكر المصنف أو يشترط المضارب جزاء من الربح مجهولا أو ربح أحد الكيسين أو أحد الألفين أو أحد العبدين أو إحدى السفرتين أو ما ربح في هذا الشهر ونحو ذلك فهذا يفسد العقد بلا نزاع لأن الفساد لمعنى في العوض المعقود عليه فأفسد العقد كما لو جعل رأس المال خمرا ولأن الجهالة تمنع من التسليم فيفضي إلى التنازع. المبدع (٤/٣٦٥).

على قوله: «أو ضمان المال» لمنافاته مقتضى العقد. المبدع (٤/٣٦٦).

على قوله: «أكثر من قدر ثمنه» للمنافاة. المبدع (٤/٣٦٦).

على قوله: «أو أن يوليه ما يختار من السلع» إذ لا مصلحة للعقد فيه. المبدع (٤/٣٦٦).

على قوله: «أو لا يفسخ الشركة مدة بعينها» لأنه عقد جائز فاشتراط لزومها ينافي مقتضاها. المبدع (٤/٣٦٦).

سائرها روايتان[1]. وإذا فسد العقد قسم الربح على قدر المالين[2]. وهل يرجع أحدهما بأجرة عمله؟ على وجهين[3].

---

(١) قوله: «ويخرج إلخ» شمل قسمين أحدهما: ما ينافي مقتضى العقد نحو أن يشترط لزوم المضاربة، أو لا يعزله مدة بعينها أو لا يبيع إلا برأس المال أو أقل أو أن لا يبيع إلا ممن اشترى منه أو أن يوليه ما يختاره من السلع ونحو ذلك، والثاني: كاشتراط ما ليس من مصلحة العقد ولا مقتضاه نحو أن يشترط على المضارب المضاربة له في مال آخر أو يأخذه بضاعة أو قرضا أو أن يخدمه في شيء بعينه أو يرتفق ببعض السلع كلبس الثوب واستخدام العبد أو يشترط على المضارب ضمان المال أو سهما من الوضيعة أو أنه متى باع السلعة فهو أحق بها بالثمن ونحو ذلك إحداهما لا يفسد العقد ويلغى الشرط وهذا الصحيح من المذهب لأنه عقد على مجهول فلم تبطله الشروط الفاسدة. انظر المبدع (٤/٣٦٦).

(٢) قوله: «وإذا فسد إلخ» هذا المذهب لأن التصرف صحيح لكونه بإذن مالكه، والربح نماء المال فربح المضاربة للمالك وعليه أجرة مثل العامل مطلقا، والعنان والوجوه على قدر قيمة المالين، والأبدان يقسم أجرة ما تحملاه بالسوية، والوضعية بقدر المالين، وعنه إن فسد بغير جهالة الربح وجب المسمى وذكره الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى ظاهر المذهب وأوجب الشيخ تقي الدين في الفاسد نصيب المثل فيجب من الربح جزء جرت العادة في مثله وأنه قياس مذهب أحمد لأنها عنده مشاركة لا من باب الإجارة. المبدع (٤/٣٦٦)، الإنصاف (٥/٣٨٣-٣٨٤).

(٣) قوله: «وهل يرجع إلخ» أحدهما وهو الصحيح من المذهب يرجع لأنه عمل في نصيب شريكه فيرجع به. المبدع (٤/٣٦٧)، الإنصاف (٥/٣٨٤).

(فائدتان) إحداهما لو تعدى الشريك مطلقا ضمن والربح لرب المال على الصحيح من المذهب وعنه له أجرة مثله قال في المغني والشرح ما لم تحط بالربح وعنه له الأقل، وذكر الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى أنه بينهما على ظاهر المذهب قال ناظم المفردات:

وإن تعـــدى عـــامل مـــا أمـــر … بـــه الشـــريك ثم ربـــح ظهـــرا

فأجـــرة المـــثل له ، وعـــنه لا … والـــربح لـــلمالك نـــص نقـــلا

وعـــنه بـــل صـــدقة ذا يحســـن … لأن ذاك ربـــح مـــا لا يضـــمن

الإنصاف (٤/٣٨٤-٣٨٥).

(الثانية) قال الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى الربح الحاصل من مال لم يأذن مالكه في التجارة به قيل للمالك وقيل للعامل وقيل بينهما على قدر النفعين بحسب معرفة أهل الخبرة قال وهو أصحهما إلا أن يتجر به على غير وجه العدوان مثل أن يعتقد أنه مال نفسه فتبين مال غيره فهنا يقتسمان الربح بلا ريب. الإنصاف (٥/٣٨٥).

فصل

(**الثاني المضاربة**[1]) وهى أن يدفع ماله إلى آخر يتجر فيه[2]،والربح بينهما[3]. فإن قال: خذه واتجر به والربح كله لي فهو إبضاع[4]، وإن قال: والربح كله لك فهو قرض. وإن قال: الربح بيننا فهو بينهما نصفين. وإن قال: خذه مضاربة والربح كله لك أو لي لم يصح. وإن قال: لك ثلث الربح صح والباقي لرب المال، وإن قال ولي ثلث الربح فهل يصح؟ على وجهين[5]. وإن اختلفا لمن

---

(١) المضاربة جائزة بالإجماع حكاه ابن المنذر. المبدع (٣٦٨/٤).

(٢) قوله: «وهى أن يدفع إلخ» يشترط في المال المدفوع أن يكون معلوما فلو دفع صبرة نقد أو أحد الكيسين لم يصح، وقوله: «إلى آخر» ليس شرطا فيه فلو دفعه إلى اثنين فأكثر مضاربة في عقد واحد جاز. انظر المبدع (٣٦٨/٤).

(٣) قوله: «والربح إلخ» أي من شرط صحتها تقدير نصيب العامل منه لأنه لا يستحقه إلا بالشرط، فلو قال خذ هذا المال مضاربة ولم يذكر سهم العامل فالربح كله لرب المال والوضيعة عليه وللعامل أجرة مثله نص عليه وهو قول الجمهور. المبدع (٣٦٨/٤).

(٤) قوله: «وإن قال خذه إلخ» هذا المذهب لأن المضاربة تقتضى كون الربح بينهما فإذا شرط اختصاص أحدهما بالربح فقد شرط ما ينافي مقتضى العقد ففسد كما لو شرط الربح كله في شركة العنان لأحدهما. ويفارق إذا لم يقل مضاربة لأن اللفظ يصلح لما أثبت حكمه من الإبضاع والقرض وينفذ تصرف العامل لأن الإذن باق، وقال القاضي وابن عقيل وأبو الخطاب وغيرهم هى مضاربة فاسدة يستحق فيها أجرة المثل، وكذا قال في المغني لكنه لا يستحق شيئاً في الصورة الثانية لأنه دخل على أن لا شيء له. الإنصاف (٣٨٦/٥-٣٨٧).

على قوله: «فهو إبضاع» أي يصير الربح جميعه لرب المال ولا شيء للعامل فيه فيصير وكيلا متبرعا، فلو قال مع ذلك وعليك ضمانه لم يضمنه لأن العقد يقتضى كونه أمانة. المبدع (٣٦٨/٤).

على قوله: «والربح كله لك أولى لم يصح» وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة إذا قال والربح كله لي كان إبضاعا صحيحا لأنه أثبت له حكم الإبضاع. الشرح الكبير (٦٥/٣).

على قوله: «وإن قال لك ثلث الربح» أو ربعه أو جزء معلوم صح لأن نصيب العامل معلوم. المبدع (٣٦٩/٤).

(٥) قوله: «وإن قال ولي إلخ» يعني ولم يذكر نصيب العامل، أحدهما يصح وهو الصحيح من المذهب والباقي بعد الثلث للعامل وبه قال أبو ثور وأصحاب الرأى، والثاني لا يصح لأن العامل إنما يستحق بالشرط فتكون المضاربة فاسدة. الشرح الكبير (٦٦/٣).

الجزء المشروط فهو للعامل[1]. وكذلك حكم المساقاة والمزارعة. وحكم المضاربة حكم الشركة فيما للعامل أن يفعله أو لا يفعله وما يلزمه فعله وفي الشروط[2]. وإن فسدت فالربح لرب المال[3] .

«**الثاني: المضاربة**» المضاربة مصدر ضارب، وقد فسرها المصنف رحمه الله بما ذكر، وذكر في «**المغني**» في اشتقاقها وجهين، أصحهما: أنها مشتقة من الضرب في الأرض، وهو: السفر فيها للتجارة. قال الله تعالى: ﴿ وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِى ٱلْأَرْضِ﴾ [المزمل: ٢٠]. والثاني: من ضرب كل واحد منهما في الربح بسهم، وتسمى: القراض والمقارضة. وفي اشتقاقها قولان، أحدهما: من القرض: القرض، لأن صاحب المال اقتطع من ماله قطعة وسلمها إلى العامل، واقتطع له قطعة من الربح. والثاني: من المقارضة: الموازنة. يقال: تقارض الشاعران: إذا وازن كل واحد صاحبه، وهاهنا من العامل العمل، ومن الآخر المال، فتوازنا[4].

=

(فائدة) لو قال لك الثلث ولي النصف صح وكان الباقي لرب المال. الإنصاف (٥/ ٣٨٧).

(١) قوله: «وإن اختلفا إلخ» قليلا كان أو كثيرا لأنه يستحقه بالعمل وهو يقل ويكثر ويحلف مدعيه، فلو اختلفا في قدر الجزء بعد الربح فقال العامل شرطت لي النصف وقال المالك الثلث قدم قوله لأنه منكر للزيادة وعنه يقبل قول العامل إن ادعى تسمية المثل أو دونها لأن الظاهر معه، ولو قيل بالتحالف لم يبعد كالبيع فإن أقام كل منهما بينة قدمت بينه العامل. المبدع (٤/٣٧٠).

(٢) قوله: «وحكم المضاربة إلخ» أي لاشتراكهما في التصرف بالإذن فما جاز للشريك فعله جاز للمضارب وما منع منه منع منه وما اختلف فيه فههنا مثله وما جاز أن يكون رأس مال الشركة جاز أن يكون رأس مال المضاربة ولا يعتبر قبض رأس المال وتكفي مباشرته وقيل يعتبر نطقه. المبدع (٤/٣٧٠).

(٣) قوله: «وإن فسدت إلخ» أي لأنه نماء له وإنما يستحق العامل بالشرط فإذا فسدت فسد الشرط فلم يستحق شيئا. المبدع (٤/٣٧٠).

(٤) انظر المغني لموفق الدين (٥/١٥-١٦، ٢٤)، المبدع (٥/١٧)، والإنصاف للمرداوي (٥/٤٢٧)، كشاف القناع (٣/٥٠٧)، الروض المربع (٢/٢٦٨).

وللعامل الأجرة[1]. وعنه له الأقل من الأجرة أو ما شرط له من الربح. وإن شرطا تأقيت المضاربة فهل تفسد؟ على روايتين[2]. وإن قال بع هذا العرض وضارب بثمنه أو اقبض وديعتي وضارب بها[3] أو إذا قدم الحاج فضارب بها صح[4].وإن قال: ضارب بالدين الذي عليك لم يصح[5]. وإن أخرج مالاً ليعمل فيه هو وآخر والربح بينهما صح ذكره الخرقي، وقال القاضي إذا شرط المضارب أن يعمل معه رب المال لم يصح وإن شرط عمل غلامه فعلى وجهين.

«**تأقيت المضاربة**» أي: توقيتها، والهمزة منقلبة عن الواو. ويقال: وقّتَ الشيء، ووقَتَه بالتخفيف، وأقتْه تأقيتا بالهمز، فهو مُوَقْت، وموقوت ومؤقت بالهمز.

---

(١) قوله: «وللعامل الأجرة» أي أجرة مثله نص عليه وهذا المذهب وسواء خسر أو كسب، وعنه له الأقل من أجرة المثل أو المسمى. المبدع (٤/٣٧٠).

(٢) قوله: «وإن شرطا إلخ» إحداهما لا تفسد وهو الصحيح من المذهب. الإنصاف (٥/ ٣٨٨- ٣٨٩).

(٣) قوله: «وإن قال بع إلخ» هذا المذهب نص عليه لأنه وكيل في بيع العرض فإذا باعه صار الثمن في يده أمانة أشبه ما لو كان المال عنده وديعة. المبدع (٤/٣٧١).

(٤) قوله: «أو إذا قدم إلخ» لأنه إذن في التصرف فجاز تعليقه على شرط مستقبل كالوكالة وإذا قال ضارب بعين المال الذي غصبته مني صح كالوديعة فإذا ضارب به سقط عنه الضمان. انظر المبدع (٤/٣٧١).

(٥) قوله: «وإن قال ضارب بالدين إلخ» هذا المذهب نص عليه وهو قول أكثر أهل العلم منهم مالك والشافعي وأصحاب الرأي لأن المال في يد من عليه الدين له وإنما يصير لغريمه بقبضه ولم يوجد، وقال بعض أصحابنا يصح قال ابن القيم في إعلام الموقعين في المضاربة بالدين قولان في مذهب أحمد أحدهما الجواز وهو الراجح في الدليل وليس في الأدلة الشرعية ما يمنع جواز ذلك ولا يقتضي تجويزه مخالفة قاعدة من قواعد الشرع ولا وقوعا في محظور من ربا ولا قمار ولا بيع غرر ولا مفسدة في ذلك بوجه مّا، فلا يليق بمحاسن الشريعة المنع منه وتجويزه من محاسنها ومقتضاها. الشرح الكبير (٣/ ٦٩).

على قوله: «وإن قال ضارب بالدين الذي عليك لم يصح» لكن لو قال اعزل المال الذي عليك وضارب به صح سواء اشتراه بعين المال أو في الذمة. المبدع (٤/٣٧٢).

على قوله: «ذكره الخرقي» وهو المذهب. الإنصاف (٥/٣٩٠).

على قوله: «فعلى وجهين» أحدهما يصح وهو المذهب. الإنصاف (٥/٣٩١).

فصل

وليس للعامل شراء من يعتق على رب المال فإن فعل صح وعتق وضمن ثمنه[1]، وعنه يضمن قيمته علم أو لم يعلم، وقال أبو بكر إن لم يعلم لم يضمن ويحتمل أن لا يصح البيع[2]، وإن اشترى امرأته صح وانفسخ نكاحه[3] فإن كان قبل الدخول فعلى العامل نصف الصداق، فإن اشترى من يعتق على نفسه و لم يظهر ربح لم يعتق[4]، وإن ظهر ربح فهل يعتق؟ على وجهين[5]. وليس للمضارب أن يضارب

---

(١) قوله: «فإن فعل صح وعتق إلخ» قدم المصنف هنا صحة الشراء وهو المذهب ويضمنه العامل مطلقا سواء علم أو لم يعلم لأن الإتلاف الموجب للضمان لا فرق فيه بين العلم والجهل. الإنصاف (٣٩٢/٥)، المبدع (٣٧٣/٤).

(٢) قوله: «ويحتمل إلخ» أي لأن الإذن في التجارة ينصرف إلى ما يمكن بيعه والربح فيه، ومن يعتق على رب المال ليس كذلك وقيده في الشرح إذا كان الثمن عينا قال وإن كان اشتراه في الذمة وقع الشراء للعاقد وليس له دفع الثمن من مال المضاربة فإن فعل ضمن وهذا قول الشافعي وأكثر الفقهاء انتهى. فعلى المذهب يضمن الثمن. انظر الشرح الكبير (٧٣/٣).

(٣) قوله: «وإن اشترى امرأته إلخ» وكذا لو كان رب المال امرأة واشترى العامل زوجها وهذا المذهب لأنه في الأولى اشترى ما يمكن طلب الربح فيه أشبه ما لو اشترى أجنبية فإن كان اشتراها قبل الدخول فهل يلزم الزوج نصف الصداق؟ فيه وجهان. فإن قلنا يلزمه رجع به على العامل لأنه السبب وإذا اشترى زوج ربة المال فلا ضمان على العامل فيما يفوت من المهر ويسقط من النفقة لأن ذلك لا يعود إلى المضاربة وإنما هو سبب آخر ولا فرق في شرائه بالذمة أو بعين المال، وذكر في الوسيلة أن الخلاف المتقدم فيه أيضًا، قال في الإنصاف وما هو ببعيد، وقال الشافعي لا يصح إلا أن يكون بإذنها. المبدع (٣٧٤/٤)، الإنصاف (٣٩٤/٥).

(٤) قوله: «وإن اشترى من يعتق إلخ» هذا المذهب بلا ريب لأنه لا يملكه وإنما هو ملك رب المال. المبدع (٣٧٤/٤)، الإنصاف (٣٩٤/٥).

(٥) قوله: «وإن ظهر ربح إلخ» هما مبنيان على ملك المضارب للربح بعد الظهور وعدمه على الصحيح من المذهب، فإن قلنا يملكه بالقسمة لم يعتق لأنه لا يملكه، فإن قلنا بالظهور فوجهان أحدهما يعتق عليه على الصحيح من المذهب، قال في الكافي إن قلنا يملكه بالظهور عتق عليه قدر حصته وسرى إلى باقيه إن كان موسرا أو غرم قيمته وإن كان معسرا لم يعتق عليه إلا ما ملك. انتهى. الإنصاف (٣٩٤/٥-٣٩٥).

(فائدة) إذا تعدى المضارب بالشرط أو فعل ما ليس له فعله أو ترك ما يلزمه ضمن المال ولا أجرة له وربحه للمالك وقيل له أجرة المثل وعنه له الأقل منها أو ما سمى من

لآخر إذا كان فيه ضرر على الأول[1] فإن فعل رد نصيبه من الربح في شركة الأول[2]، وليس لرب المال أن يشتري من مال المضاربة شيئًا لنفسه[3]، وعنه يصح، وكذلك شراء السيد من عبده المأذون. وإن اشترى أحد الشريكين نصيب شريكه صح، وإن اشترى الجميع بطل في نصيبه وفي نصيب شريكه وجهان. ويتخرج أن يصح في الجميع. وليس للمضارب نفقة إلا بشرط[4]، فإن شرطها له

الربح وقيل إن اشترى بعين المال بطل على المذهب والنماء للبائع. انظر المبدع (٤/ ٣٧٤).

(١) قوله: «وليس للمضارب إلخ» أي ولم يأذن فيه ككون المال الثاني كثيرا فيستوعب زمانه فيشغله عن تجارة الأول، وقال أكثر الفقهاء بجوازه لأنه عقد لا يملك به منافعه كلها وليس له أن يشترى بأكثر من رأس المال لعدم تناول الإذن له فإن فعل صح وكان له. المبدع (٤/٣٧٥).

(٢) قوله: «فإن فعل رد إلخ» هذا المذهب نص عليه لأنه استحق ذلك بالمنفعة التي استحقت بالعقد الأول فينظر في المضاربة الثانية فيدفع إلى رب مالها منه نصيبه ويأخذ المضارب نصيبه من الربح فيضمه إلى ربح المضاربة الأولى فيقتسمانه، قال في المغني والشرح النظر يقتضي أن رب المضاربة الأولى لا يستحق من ربح الثانية شيئًا لأنه إنما يستحق بمال أو عمل وهما منفيان، وتعدى المضارب بترك العمل واشتغاله عن المال الأول لا يوجب عوضا كما لو اشتغل بالعمل في مال نفسه أو آجر نفسه واختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى. المبدع (٤/٣٧٥)، الإنصاف (٥/٣٩٦).

(فائدة) ليس للمضارب دفع مال المضاربة لآخر مضاربة من غير إذن رب المال على الصحيح من المذهب، وليس له أن يخلط مال المضاربة بغيره مطلقا على الصحيح من المذهب. الإنصاف (٥/٣٩٦).

(٣) قوله: «وليس لرب المال إلخ» هذا المذهب لأنه ملكه فلم يصح شراؤه له كشرائه من وكيله، وعنه يصح لأنه تعلق به حق المضارب فعليها يأخذ بالشفعة، قال في الإنصاف إن ظهر فيه ربح صح وإلا فلا المبدع (٤/٣٧٥)، الإنصاف (٥/٣٩٧).

(فائدة) ليس للمضارب أن يشترى من مال المضاربة إذا ظهر ربح على الصحيح من المذهب، وقيل يصح وهو ظاهر ما جزم به في الكافي والشرح. الإنصاف (٥/٣٩٨).
على قوله: «وفي نصيب شريكه وجهان» مبنيان على تفريق الصفقة، وقد علمت أن الصحيح من المذهب الصحة هناك فكذا هنا. انظر الإنصاف (٥/٣٩٨).

(٤) قوله: «وليس للمضارب نفقة إلخ» هذا المذهب لأنه دخل على أنه يستحق من الربح شيئًا فلم يستحق غيره إذ لو استحقها لأفضى إلى اختصاصه به حيث لم يربح سوى النفقة إلا بشرط نص عليه، وقال الشيخ تقي الدين أو عادة وكأنه أقام العادة مقام

وأطلق فله جميع نفقته من المأكول والملبوس بالمعروف، فإن اختلف رجع في القوت إلى الإطعام في الكفارة وفي الملبوس إلى أقل ملبوس مثله.

وإن أذن له في التسري فاشترى جارية ملكها وصـــار ثمنها قرضا نص عليه[1].

«**في التسري**» التَّسري: مصدر تسرّى تسرّيًا: إذا أخذ سُرِّية، وقد تقدم ذلك في كتاب «**الجنائز**» مستوفى.

=

الشرط، ولو كان معه مال لنفسه يبيع فيه ويشترى أو مضاربة أخرى أو بضاعة لآخر فالنفقة على قدر المالين إلا أن يكون رب المال قد شرط له النفقة من ماله مع علمه بذلك، ولو لقيه ببلد أذن في سفره إليه وقد نض المال فأخذه ربه فللعامل نفقة رجوعه في وجه. وفي وجه آخر لا نفقة له قدمه في المغني والشرح، لأنه إنما يستحقه ما دام في القراض وقد زال فزالت . المبدع (٤/٣٧٦).

على قوله: «وفي الملبوس إلى أقل ملبوس مثله» وقيل له نفقة مثله عرفا من الطعام والكسوة. وهو الصحيح من المذهب. الإنصاف (٥/٤٠٠).

(١) قوله: «وإن أذن له في التسري إلخ» أي لأن الإذن في التسري يستدعي الإذن في الوطء والبضع لا يباح إلا بملك أو نكاح وصار ثمنها قرضا لأن رب المال لم يوجد منه ما يدل على تبرعه به. وهذا المذهب. المبدع (٤/٣٧٧)، الإنصاف (٥/٤٠٠).

(فائدتان) إحداهما ليس له أن يتسرى بغير إذن رب المال سواء ظهر ربح أو لا فإن فعل فعليه المهر والتعزير وإن علقت منه ولم يظهر في المال ربح فولده رقيق لأنها علقت منه في غير ملك ولا شبهة ولا تصير أم ولد له، وإن ظهر في المال ربح فالولد حر وتصير أم ولد له وعليه قيمتها، ونحو ذلك قال الشافعي وسفيان وإسحاق، وقيل يحد إن كان قبل ظهور ربح اختاره القاضي لأنه وطء في غير ملك ولا شبهة ملك. قال في الإنصاف وهو الصواب بشرطه. الإنصاف (٥/٤٠١).

(الثانية) لا يطأ رب المال ولو عدم الربح رأسا جزم به في المغني والشرح وغيرهم لأنه ينقصها إن كانت بكرا ويعرضها للخروج من المضاربة فإن فعل فلا حد عليه لأنها ملكه فإن أحبلها صارت أم ولد وولده حر لكن إن كان فيه ربح فللعامل حصته منه. انظر الإنصاف (٥/٤٠١).

وليس للمضارب ربح حتى يستوفي رأس المال[1]، وإن اشترى سلعتين فربح في إحداهما وخسر في الأخرى أو تلفت جبرت الوضيعة من الربح[2]، وإن تلف بعض رأس المال قبل التصرف فيه انفسخت المضاربة[3] وإن تلف المال ثم اشترى سلعة للمضاربة فهي له وثمنها عليه إلا أن يجيزه رب المال. وإن تلف بعد الشراء فالمضاربة بحالها والثمن على رب المال[4]، وإذا ظهر الربح لم يكن له أخذ شيء منه إلا بإذن رب المال[5].

«**إلا أن يجيزه**» الضمير في «**يجيزه**» للشراء الدال عليه «**فاشترى**».

(١) قوله: «وليس للمضارب ربح إلخ» بغير خلاف نعلمه يعني أنه لا يستحق أخذ شيء من الربح حتى يسلم رأس المال إلى ربه فمتى كان فيه ربح وخسر إن جبرت الوضيعة من الربح لأنه هو الفاضل عن رأس المال. المبدع (٣٧٨/٤).

(٢) قوله: «وإن اشترى سلعتين إلخ» أي ولا يستحق المضارب شيئًا إلا بعد كمال رأس المال. المبدع (٣٧٨/٤).

(٣) قوله: «وإن تلف بعض إلخ» أي وكان رأس المال الباقي خاصة لأنه مال هلك على جبهته قبل التصرف أشبه التالف قبل القبض وفارق ما بعد التصرف لأنه دار في التجارة وشرع فيما قصد بالعقد من التصرفات المؤدية إلى الربح، وقال بعض أصحاب الشافعي مذهب الشافعي أن التالف من الربح. الشرح الكبير (٨٣/٣).
على قوله: «وثمنها عليه» لأنه اشتراها في ذمته وليست من المضاربة لانفساخها بالتلف. المبدع (٣٧٩/٤).
على قوله: «إلا أن يجيزه رب المال» فيجوز في رواية. المبدع (٣٧٩/٤).

(٤) قوله: «وإن تلف بعد الشراء إلخ» أي لأن الموجب لفسخها هو التلف و لم يوجد حين الشراء ولا قبله والثمن على رب المال لأن الشراء صادف المضاربة باقية بحالها وذلك يوجب كون المشتري له والثمن عليه وحينئذ فلرب السلعة مطالبة كل منهما بالثمن ويرجع به على العامل ويصير رأس المال الثمن دون التالف. المبدع (٣٧٩/٤).
(مسألة) من أتلفه ضمن الربح للآخر، ثم إن كان تلفه بعد التصرف فالمضاربة بحالها وإلا فهي في قدر ثمنها. المبدع (٣٧٩/٤).

(٥) قوله: «وإذا ظهر الربح إلخ» أي بلا نزاع لأمور: أحدها أن الربح وقاية لرأس المال فلا يأمن الخسران الذي ينجبر بالربح، الثاني أن رب المال شريكه فلم يكن له مقاسمة نفسه، الثالث أن ملكه غير مستقر عليه لأنه بعرضية أن يخرج عن يده لجبران خسارة المال. انظر المبدع (٣٧٩/٤).

وهل يملك العامل حصته من الربح قبل القسمة؟ على روايتين[1]. وإن طلب العامل البيع فأبى رب المال أجبر إن كان فيه ربح وإلا فلا[2]، وإن انفسخ القراض والمال عرض فرضي رب المال أن يأخذ بماله عرضا أو طلب البيع فله ذلك[3]،

---

(١) قوله: «وهل يملك العامل إلخ» إحداهما وهى المذهب والمجزوم بها عند الأكثر أنه يملك حصته منه بظهوره وهو مذهب أبي حنيفة لأن الشرط صحيح فيثبت مقتضاه وهو أن يكون له جزء من الربح، وكما يملك المساقي حصته من الثمرة بظهورها في الأصح، والثانية لا يملك إلا بالقسمة اختارها القاضي وغيره وهو قول مالك. والشافعي قولان كالمذهبين، لأنه لو ملكه به لاختص به ولوجب أن يكون شريكا لرب المال كشريكي العنان، ولأنه لو اشترى عبدين بالمال كل واحد يساويه فأعتقهما رب المال عتقا، وعنه يملكه بالمحاسبة والتنضيض والفسخ قبل القسمة والقبض، واختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى ويستقر الملك فيها بالمقاسمة عند القاضي وأصحابه، ومن الأصحاب من قال يستقر بدونها كالمحاسبة التامة، قال في القواعد وهو المنصوص صريحا عن أحمد. الشرح الكبير (٨٢/٣).
(فائدة) إتلاف المالك كالقسمة فيغرم نصيب الآخر وكذا الأجنبي. الإنصاف (٥/ ٤٠٤).

(٢) قوله: «وإلا فلا» أي إذا لم يظهر فيه ربح لم يجبر الممتنع على البيع لأنه لا حق للعامل فيه وقد رضيه مالكه. المبدع (٣٨/٤).

(٣) قوله: «وإن انفسخ القراض إلخ» إذا انفسخ القراض مطلقا والمال عرض فرضي رب المال أن يأخذ بماله عرضا يقوم عليه فله ذلك نص عليه، وإذا ارتفع السعر بعد ذلك لم يكن للمضارب أن يطالب بقسطه على الصحيح من المذهب قال ابن عقيل وإن قصد رب المال الحيلة ليختص بالربح بأن كان العامل اشترى خزا في الصيف ليربح في الشتاء أو يرجو دخول موسم أو قفل فإن حقه يبقى من الربح، قال في الإنصاف وهو الصواب ولا أظن الأصحاب يخالفون ذلك، فإذا لم يرض رب المال أن يأخذ عرضا وطلب البيع أو طلبه ابتداء فله ذلك ويلزم المضارب بيعه مطلقا على الصحيح من المذهب، وقيل لا يجبر إذا لم يكن في المال ربح، فعلى المذهب قال المصنف والشارح إنما يلزمه البيع في مقدار رأس المال والصحيح من المذهب يلزمه في الجميع وهو ظاهر كلام المصنف هنا. انظر المبدع (٣٨٠/٤-٣٨١)، الإنصاف (٤٠٥/٥-٤٠٦).
على قوله: «لزم العامل تقاضيه» يعني كله وهو المذهب بخلاف الوكيل فإنه لا يلزمه تقاضي الدين. الإنصاف (٤٠٧/٥).
على قوله: «وإن قارض في المرض» صح لأنه عقد يبتغي فيه الفضل. المبدع (٣٨١/٤).
على قوله: «فالربح من رأس المال» ولا يحتسب به من ثلثه. المبدع (٣٨١/٤).

وإن كان دينا لزم العامل تقاضيه، وإن قارض في المرض فالربح من رأس المال، وإن زاد على أجرة المثل[1] ويقدم به على سائر الغرماء. وإن مات المضارب و لم يعرف مال المضاربة فهو دين في تركته[2] وكذلك الوديعة[3].

فصل

والعامل أمين[4]، والقول قوله فيما يدعيه من هلاك وخسران وما يذكر أنه

«**لزم العامل تقاضيه**» أي: المطالبة به. والاقتضاء: الطلب. قال الجوهري: اقتضى دينه وتقاضاه بمعنى.

---

(١) قوله: «وإن زاد على أجرة المثل» هذا المذهب لأن ذلك غير مستحق من مال رب المال وإنما حصل بعمل المضاربة. المبدع (٣٨١/٤).
(فائدة) لو ساقى أو زارع في مرض موته حسب من الثلث على الصحيح من المذهب وقيل هو كالمضاربة. الإنصاف (٤٠٨/٥).
على قوله: «وإن زاد على أجرة المثل» لأن ذلك غير مستحق من مال رب المال وهو المذهب. المبدع (٣٨١/٤).

(٢) قوله: «وإن مات المضارب إلخ» وهذا المذهب ويكون صاحبه أسوة الغرماء عملا بالأصل. المبدع (٣٨٢/٤).

(٣) قوله: «وكذلك الوديعة» يعني أنها تكون في تركته إذا مات ولم يعينها وهو المذهب لاستوائهما في المعنى. المبدع (٣٨٢/٤).
(فائدتان) إحداهما لو دفع عبده أو دابته إلى من يعمل بهما بجزء من الأجرة أو ثوبا يخيطه أو غزلا ينسجه بجزء من ربحه أو جزء منه جاز نص عليه وهو المذهب وهو من مفرداته، وعنه لا يجوز فله أجرة مثله، وعنه له دفع دابته أو نخله لمن يقوم به بجزء من نمائه اختاره الشيخ تقي الدين، والمذهب لا لحصول نمائه بغير عمله. الإنصاف (٤٠٩/٥).
(الثانية) لو أخذ ماشية ليقوم عليها برعي وعلف وسقي وحلب وبغير ذلك بجزء من درها ونسلها وصوفها لم يصح على الصحيح من المذهب نص عليه، وعنه يصح اختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى وابن عبدوس وقدمه في الفائق والرعاية الكبرى. انظر الإنصاف (٤١١/٥).

(٤) قوله: «والعامل إلخ» حكم العامل في دعوى التلف حكم الوكيل على ما تقدم في الوكالة لأن تأمينه يقتضي ذلك وهو ينكره والقول قول المنكر مع يمينه وكما يقبل قوله في قدر رأس المال إجماعا ذكره ابن المنذر. المبدع (٣٨٢/٤-٣٨٣).
على قوله: «وما يدعى عليه من خيانة» أو تفريط فلو اشترى العامل شيئًا فقال المالك كنت نهيتك عن شرائه فأنكره العامل قبل قوله لأن الأصل عدم النهي. المبدع (٣٨٣/٤).

اشتراه، إلا لنفسه أو للقراض وما يدعى عليه من خيانة، والقول قول رب المال في رده إليه[1]، وفي الجزء المشروط للعامل[2]، وفي الإذن في البيع نسأ[3] أو الشراء بكذا، وحكي عنه أن القول قول العامل إن ادعى أجرة المثل وإن قال العامل ربحت ألفا ثم خسرتها أو هلكت قبل قوله[4] وإن قال غلطت لم يقبل قوله[5].

«**من خيانة**» بالخاء وبعدها ياء مثناة تحت، كذا وجدتها مضبوطة بخط المصنف رحمه الله، وهي ضد الأمانة، يقال: خانه يخونه خونًا وخيانة ومخانة، واختانه.

---

(١) قوله: «والقول إلخ» هذا المذهب نص عليه لأنه قبض المال لنفعه نفسه. المبدع (٤/ ٣٨٣).
على قوله: «والقول قول رب المال» مع يمينه. المبدع (٤/٣٨٣).

(٢) قوله: «والجزء المشروط للعامل» أي إذا اختلفا في قدر المشروط للعامل هذا المذهب لأنه منكر للزيادة التي ادعاها العامل، وعنه القول قول العامل إذا ادعى أجرة المثل، وإن جاوز أجرة المثل رجع إليها، وإن أقام كل منهما بينة بما قاله قدمت بينة العامل على الصحيح من المذهب لأنه خارج. المبدع (٤/٣٨٣).
على قوله: «والجزء المشروط» أي بعد الربح. المبدع (٤/٣٨٣).

(٣) قوله: «وفي الإذن إلخ» كون القول قول المالك في البيع نسأ هو وجه والصحيح من المذهب أن القول قول العامل في ذلك لأنهما اتفقا على الإذن واختلفا في صفته. المبدع (٤/٣٨٣).
على قوله: «إن ادعى أجرة المثل» زاد في المغني والشرح أو ما يتغابن الناس به لأن الظاهر صدقه. انظر المبدع (٤/٣٨٤).

(٤) قوله: «وإن قال العامل إلخ» أي بلا نزاع لأنه أمين فقبل قوله: المبدع (٤/٣٨٤).

(٥) قوله: «وإن قال غلطت إلخ» أي وكذا لو قال كذبت أو نسيت وهذا المذهب لأنه مقر فلا يقبل قوله في الرجوع عن إقراره، وعنه يقبل لأمانته. ويقبل قول عامل في أنه ربح أولا وفي قدر الربح على الصحيح من المذهب. المبدع (٤/٣٨٤).
(فائدة) لو دفع إليه مبلغا يتجر فيه فقال العامل هو قرض ربحه لي وقال المالك هو قراض ربحه بيننا قبل قول المالك لأنه ملكه فكان القول قوله في صفة خروجه عن يده، وإن أقام كل منهما بينة فنص أحمد يتعارضان ويقسم الربح بينهما. المبدع (٤/ ٣٨٤).

فصل

(الثالث شركة الوجوه) وهو أن يشتركا على أن يشتريا بجاههما دينا فما ربحا فهو بينهما[1]، فكل واحد منهما وكيل صاحبه كفيل عنه بالثمن. والملك بينهما على ما شرطاه، والوضيعة على قدر ملكيهما فيه والربح بينهما على ما شرطاه[2] ويحتمل أن يكون على قدر ملكيهما، وهما في التصرفات كشريكي العنان[3].

فصل

(الرابع شركة الأبدان[4]) وهي أن يشتركا فيما يكسبان بأبدانهما فهي شركة

---

(١) قوله: «وهي أن يشتركا على أن يشتريا إلخ» أي دينا إلى أجل وهذا المذهب، وسواء عينا جنس الذي يشترونه أو قدره أو وقته أو لا، فلو قال كل واحد منهما للآخر ما اشتريت من شيء فهو بيننا صح. المبدع (٣٨٥/٤).
على قوله: «دينا» أي في ذمتهما من غير أن يكون لهما مال. المبدع (٣٨٥/٤).
على قوله: «فكل واحد منهما وكيل صاحبه كفيل عنه بالثمن» لأن مبناها على الوكالة والكفالة، لأن كل واحد منهما وكيل للآخر فيما يشتريه ويبيعه كفيل عنه بالثمن. المبدع (٣٨٥/٤).
على قوله: «والملك بينهما على ما شرطاه» لقوله عليه الصلاة والسلام «المؤمنون على شروطهم». المبدع (٣٨٥/٤).

(٢) قوله: «والربح إلخ» هذا المذهب فإذا كان لأحدهما ثلث الربح كان له ثلث المشترى وإن كان له نصفه كان له نصف المشترى لأن الأصل في الربح المال فكل جزء من الربح بإزاء جزء من المال فإذا علم نصيب أحدهما من الربح علم قدر ما يملكه من المال. انظر المبدع (٣٨٥/٤).
على قوله: «على قدر ملكيهما فيه» قاله القاضي وجزم به في الفصول. المبدع (٤/ ٣٨٥).

(٣) قوله: «وهما إلخ» أي فيما يجب لهما وعليهما وفي إقرارهما وخصوماتهما وغير ذلك على ما مر، وهل ما يشتريه أحدهما بينهما أم تعتبر النية كوكالة؟ فيه وجهان. قال في الفروع ويتوجه في عنان مثله، وقطع جماعة بالنية. المبدع (٣٨٥/٤).

(٤) قوله: «شركة الأبدان» شركة الأبدان صحيحة وبه قال مالك لما روى أبو داود بإسناده عن عبد الله قال: «اشتركت أنا وسعد وعمار يوم بدر، فلم أجئ أنا وعمار بشيء وجاء سعد بأسيرين» ومثله لا يخفى على النبي ﷺ. فإن قلت المغانم شركة بين الغانمين فكيف يصح اختصاص هؤلاء بالشركة فيها قال بعض الشافعية غنائم بدر كانت لمن أخذها قبل أن يشرك بينهم بدليل أنه قال من أخذ شيئا فهو له فكان من
=

صحيحة وما يتقبله أحدهما من العمل يصير في ضمانهما يطالبان به ويلزمهما عمله[1]. وهل يصح على اختلاف الصنائع؟ على وجهين[2]. ويصح في الاصطياد والاحتشاش والتلصص على دار الحرب وسائر المباحات، وإن مرض أحدهما فالكسب بينهما[3]، فإن طالبه الصحيح أن يقيم مقامه لزمه ذلك[4]. وإذا اشتركا ليحملا على دابتيهما والأجرة بينهما صح[5]، فإن تقبلا حمل شيء فحملاه عليهما صحت الشركة والأجرة على ما شرطاه وإن آجراهما بأعيانهما

«**والاحتشاش**» هو: أخذ الحشيش، افتعال من الحش، والاصطياد افتعال من الصيد، والطاء منقلبة عن تاء الافتعال، وهو عبارة عن أخذ الصيد.

«**والتلصص**» هو: تفعل من اللصوصية بفتح اللام وضمها، واللص بكسر اللام وضمها وفتحها، نقلها ابن سيده في كتابه «**المخصص**».

=

قبيل المباحات، ويجوز أن يكون شرك بينهم فيما يصيبونه من الأسلاب والنفل، وقال الشافعي شركة الأبدان فاسدة. الشرح الكبير (٣/٩٢-٩٣).

(١) قوله: «وما يتقبله أحدهما إلخ» هذا المذهب لأن شركة الأبدان لا تنعقد إلا على ذلك. المبدع (٤/٣٨٦-٣٨٧).

(٢) قوله: «وهل يصح إلخ» الصحيح من المذهب الصحة لأنهما اشتركا في تكسب مباح فصح كما لو اتفقت الصنائع، ولا يشترط محل عملهما ولا تساويهما فيه ولكل واحد منهما طلب الأجرة وللمستأجر دفعها إلى أحدهما، ومن تلف بيده بغير تفريط لم يضمن، وإن فرط أو تعدى ضمن فقط، فإذا أقر أحدهما بما في يده قبل عليه وعلى شريكه لأن اليد له ولا يقبل إقراره بما في يد شريكه لأنه لا يد له على ذلك. انظر المبدع (٤/٣٨٧).

(٣) قوله: «وإن مرض إلخ» مفهومه أنه لو ترك العمل لغير عذر لا يكون الكسب بينهما وهو أحد الوجهين، والوجه الثاني يكون بينهما أيضا وهو الصحيح من المذهب. المبدع (٤/٣٨٧).

(٤) قوله: «فإن طالبه إلخ» لأنهما دخلا على أن يعملا فإذا تعذر العمل بنفسه لزمه أن يقيم مقامه توفية للعقد ما يقتضيه فإن امتنع فللآخر الفسخ. المبدع (٤/٣٨٧).

(٥) قوله: «وإذا اشتركا إلخ» هذا المذهب لأن الحمل في الذمة وهو نوع اكتساب والدابتان آلتان أشبها الأداة، ولو اشتركا في أجرة عين الدابتين أو أنفسهما إجارة خاصة لم يصح. المبدع (٤/٣٨٨).

فلكل واحد منهما أجرة دابته[1]، وإن جمعا بين شركة العنان والأبدان والوجوه والمضاربة صح.

فصل

(الخامس شركة المفاوضة) وهي أن يدخلا في الشركة الأكساب النادرة كوجدان لقطة أو ركاز وما يحصل لهما من ميراث وما يلزم أحدهما من ضمان

«**شركة المفاوضة**» المفاوضة: مفاعلة، يقال: فاوضه مفاوضة، أي: جازاه، وتفاوضوا في الأمر، أي: فاوض بعضهم بعضا. وشركة المفاوضة ضربان. أحدهما: أن يشتركا في جميع أنواع الشركة، كالعنان، والأبدان، والوجوه، والمضاربة، فهي شركة صحيحة. والثاني: ما فسره به المصنف رحمه الله، فهي

---

(١) قوله: «وإن آجراهما إلخ» أي إذا آجرا دابتيهما بأعيانهما على حمل شيء بأجرة معلومة واشتركا على ذلك لم تصح الشركة في الأصح واستحق كل منهما أجرة دابته لأنه لم يجب ضمان الحمل في ذمتهما وإنما استحق المكتري منفعة البهيمة التي استأجرها ولهذا تنفسخ الإجارة بموت الدابة المستأجرة. المبدع (٣٨٨/٤).

(فوائد): (الأولى) تصح شركة الشهود قاله الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى. قال الشيخ تقي الدين وللشاهد أن يقيم مقامه إن كان على عمل في الذمة، وإن كان الجعل على شهادته بعينه ففيه وجهان قال الشيخ تقي الدين والأصح جوازه، قال وللحاكم إكراههم لأن له نظرا في العدالة وغيرها، وقال أيضا إن اشتركوا على أن كل ما حصله كل واحد بينهم بحيث إذا كتب أحدهم وشهد شاركه الآخر وإن لم يعمل فهي شركة الأبدان تجوز حيث تجوز الوكالة وأما حيث لا تجوز ففيه وجهان كشركة الدلالين. الإنصاف (٤١٨/٥).

(الثانية) لا تصح شركة الدلالين قاله في الترغيب وغيره وقدمه في الفروع والفائق وغيرهم لأنه لابد فيها من وكالة، وهي على هذا الوجه لا تصح كآجر دابتك والأجرة بيننا لأن الشركة الفرعية لا تخرج عن الوكالة والضمان ولا وكالة هنا فإنه لا يمكن توكيل أحدهما على مال الغير ولا ضمان فإنه لا دين يصير بذلك في ذمة واحد منهما ولا تقبل عمل، وقال في الموجز تصح قال الشيخ تقي الدين وقد نص أحمد على جوازها. الإنصاف (٤٨٨/٥).

(الثالثة) لو اشترك ثلاثة لواحد دابة ولآخر رواية والثالث يعمل صح في قياس قول أحمد، فعلى هذا يكون ما رزق الله بينهم على ما اتفقوا عليه، وكذا لو اشترك أربعة وهذا الصحيح. الإنصاف (٤١٩/٥).

غصب أو أرش جناية ونحو ذلك فهذه شركة فاسدة[1].

باب المساقاة

تجوز المساقاة في النخل وكل شجر له ثمر مأكول[2] ببعض ....

فاسدة عند إمامنا[3]، والشافعي[4]. وأجازه أبو حنيفة بشروط شرطها[5]، وحكيت إجازتها عن الثوري، والأوزاعي، ومالك[6].

«**كوجدان لقطة**» بكسر الواو مصدر وجد، قال ابن سيده: وجد الشيء يجده، ويجده وجدا ووجدانا ووجودا، وجدة ووجدانا وإجدانا، والله سبحانه وتعالى أعلم.

---

(١) قوله: «شركة المفاوضة إلخ» شركة المفاوضة على ضربين: أحدهما أن يفوض كل واحد منهما إلى صاحبه الشراء والبيع والمضاربة والتوكل والابتياع في الذمة والمسافرة بالمال والارتهان وضمان ما يرى من الأعمال، فهذه شركة صحيحة لأنها لا تخرج عن شركة العنان والوجوه والأبدان وجميعها منصوص على صحتها والربح على ما شرطاه والوضيعة على قدر المال قاله الأصحاب. الضرب الثاني ما ذكره المصنف وهى أن يدخلا فيها الأكساب النادرة ونحوها فهذه شركة فاسدة على الصحيح من المذهب ونص عليه، لأنه يكثر فيها الغرر ولم يصح بين مسلم وذمي فلم يصح بين المسلمين كسائر العقود المنهي عنها فعلى المذهب لكل منهما ربح ماله وأجرة عمله وما يستفيده له ويختص بضمان ما غصبه أو جناه أو ضمنه عن الغير. انظر الإنصاف (٥/٤٢٠-٤٢١).

(٢) قوله: «تجوز المساقاة إلخ» الأصل في جوازها السنة، فمنها ما روى ابن عمر - رضي الله عنهما - قل: «عامل النبي ﷺ أهل خيبر بشرط ما يخرج منها من ثمر أو زرع» متفق عليه. وقال أبو جعفر «عامل النبي ﷺ أهل خيبر بالشطر ثم أبو بكر ثم عمر ثم عثمان ثم علي ثم أهلوهم إلى اليوم يعطون الثلث أو الربع» وهذا عمل به الخلفاء الراشدون ولم ينكر فكان كالإجماع. المبدع (٤/٣٩١).
على قوله: «في النخل» وعليه اقتصر داود وقال الشافعي فيه والكرم فقط. الشرح الكبير (٣/٢٧٩).

(٣) انظر الكافي لموفق الدين (٢/١٤٦)، الإفصاح لابن هبيرة (٢/٤).

(٤) انظر الأم للشافعي (٤/٢٠٦).

(٥) وهى أن تكون بين الحرين المسلمين الجائزي التصرف، ويكون المالان بينهما متساويين، وتصرفها جميعا متساو وأن يتساويا في الربح، وأن لا يبقيا من جنس مال الشركة شيئا، ويدخلانه في الشركة، وأن يضمن كل واحد منهما ما ضمنه صاحبه، انظر، بدائع الصنائع (٦/٥٧).

(٦) انظر، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/٤٦٣-٤٦٤).

ثمرته[1]. وتصح بلفظ المساقاة والمعاملة وما في معناهما، وتصح بلفظ الإجارة في أحد الوجهين[2] وقد نص أحمد رحمه الله تعالى في رواية جماعة فيمن

باب المساقاة

وهي: مفاعلة من السقي، قال المصنف رحمه الله في «**المغني**» المساقاة: أن يدفع الرجل شجره إلى آخر ليقوم بسقيه، وعمل سائر ما يحتاج إليه، بجزء معلوم له من ثمره[3]، وذكره الجوهري بمعناه[4].

---

(١) قوله: «ببعض ثمرته» أي بجزء مشاع كالثلث ونحوه للخبر لا على صاع أو آصع أو ثمرة نخلة بعينها لما فيه من الغرر، فعلى هذا لو شرط له ثمر نخل غير الذي ساقاه عليه أو ثمرة سنة غير التي ساقاه عليها لم يصح لمخالفة موضوعها. المبدع (٣٩١/٤).
(فائدة) لا يقال ابن عمر قد رجع عما روى لقوله «كنا نخابر أربعين سنة حتى حدثنا رافع بن خديج أن النبي ﷺ نهى عن المخابرة» لأنه لا يجوز حمل حديث رافع على ما يخالف الإجماع لأنه عليه الصلاة والسلام لم يزل يعامل أهل خيبر حتى مات ثم عمل به الخلفاء من بعده فكيف يتصور نهيه عليه الصلاة والسلام عن ذلك، وقد روى طاوس أن أعلمهم يعني ابن عباس أخبر أنه ﷺ لم ينهه عنه وقال: «لأن يمنح أحدكم أخاه أرضه خير له من أن يأخذ عليه أجرا معلوما» متفق عليه، ثم حديث رافع محمول على ما قلنا لما روى البخاري بإسناده عن رافع قال «كنا من أكثر الأنصار حقلا فكنا نكري الأرض على أن لنا هذه ولهم هذه فربما أخرجت هذه و لم تخرج هذه فنهانا عنه فأما الورق فلم ينهنا» ورجوع ابن عمر يحتمل أنه رجع عن شيء من المعاملات الفاسدة مع أن فيه اضطرابا . المبدع (٣٩١/٤-٣٩٢).
(فائدة) لو ساقاه على ما يتكرر حمله من أصول البقول والخضروات كالقطن والمقاتي والباذنجان ونحوه لم يصح، وقال في القاعدة الثمانين: إن قيل هي كالشجر صحت المساقاة، وإن قيل هي كالزرع فهي مزارعة وفيه وجهان. انظر الإنصاف (٤٢٢/٥).
(٢) قوله: «وتصح بلفظ الإجارة» وهو المذهب لأنه يؤدي المعنى فصح به العقد. المبدع (٣٩٢/٤).
(فوائد) (الأولى) لو صح فيما تقدم إجارة أو مزراعة فلم يزرع نظر إلى معدل المغل فيجب القسط المسمى فيه، وإن فسدت وسميت إجارة فأجرة المثل على الصحيح من المذهب وقيل قسط المثل اختاره الشيخ تقي الدين. الإنصاف (٤٢٤/٥).
(الثانية) يجوز ويصح إجارة الأرض بطعام معلوم من جنس الخارج على الصحيح من المذهب وهو من مفرداته، وعنه لا يجوز ولا يصح وعنه يكره ويصح.
(الثالثة) إجارتها بطعام من غير جنس الخارج تصح على الصحيح من المذهب نص عليه. الإنصاف (٤٢٤/٥).
(٣) نعم، ذكره شيخ الإسلام موفق الدين انظر المغني (٢٢٦/٥).
(٤) وذكره بمعناه الشيخ ابن منظور. انظر لسان العرب (٢٠٤٥/٣) (سقى).

قال أجرتك هذه الأرض بثلث ما يخرج منها أنه يصح، وهذه مزارعة بلفظ الإجارة ذكره أبو الخطاب. وقال أكثر أصحابنا هي إجارة والأول أقيس وأصح. وهل تصح على ثمرة موجودة؟ على روايتين[1]. وإن ساقاه على شجر يغرسه ويعمل عليه حتى يثمر بجزء من الثمرة صح[2]. والمساقاة عقد جائز في ظاهر كلامه لا يفتقر إلى ذكر مدة[3]. ولكل واحد منهما فسخها فمتى انفسخت بعد

---

(١) قوله: «وهل تصح على ثمرة موجودة إلخ» إحداهما يصح وهي المذهب لأنها إذا جازت في المعدوم مع كثرة الغرر فيها فمع وجودها وقلة الغرر منها أولى، ومحلها إذا بقي من العمل ما تزيد به الثمرة كالتأبير والسقي والإصلاح، فإن بقي ما لا تزيد به كالجذاذ لم يجز بغير خلاف. المبدع (٣٩٣/٤).
(فائدة) وكذا الحكم لو زارعه على زرع نابت ينمى بالعمل. الإنصاف (٤٢٥/٥).

(٢) قوله: «وإن ساقاه على شجر إلخ» هذا المذهب المنصوص واحتج بحديث خيبر. ولأن العمل وغرضه معلومان، ويعتبر أن يكون الغراس من رب الأرض كالمزارعة، فإن كان على العامل فعلى الروايتين في المزارعة إذا شرط البذر من العامل. المبدع (٣٩٣/٤).
(تنبيه) ظاهر نصه أنها تصح بجزء من الشجر وبجزء منهما كالمزارعة وهي المغارسة والمناصبة اختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى وذكرها ظاهر المذهب قال ولو كان مغروسا ولو كان ناظر وقف وأنه لا يجوز لناظر بعده بيع نصيب الوقف بلا حاجة وأن لحاكم الحكم بلزومها في محل النزاع فقط والحكم به من جهة عوض المثل ولو لم يقم به بينة لأنه الأصل في العقود قال في الفروع ويتوجه اعتبار بنية وقدم في المغني والشرح أنه لا يصح. المبدع (٣٩٣/٤).
(فائدة) لو كان الاشتراك في الغراس. والأرض فسد وجها واحدا. وقال الشيخ تقي الدين قياس المذهب صحته. انظر الإنصاف (٤٢٦/٥).

(٣) قوله: «والمساقاة إلخ» أي وكذا المزارعة وهذا المذهب وهو من مفرداته لما روى مسلم عن ابن عمر – رضي الله عنهما – في قضية خيبر فقال رسول الله ﷺ «نقركم على ذلك ما شئنا» ولو كان لازما لم يجز بغير تقدير مدة ولا أن يجعل الخيرة إليه، وقيل هي عقد لازم قاله القاضي واختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى واختار في التبصرة أنها جائزة من جهة العامل لازمة من جهة المالك، فعلى المذهب يبطلها ما يبطل الوكالة ولا تفتقر إلى ذكر مدة ويصح توقيتها ولكل واحد منهما فسخها فمتى انفسخت بعد ظهور الثمرة فهي بينهما وعليه تمام العمل. وإن فسخ العامل قبل ظهورها فلا شيء له وإن فسخ رب المال فعليه للعامل أجرة عمله. المبدع (٣٩٤/٤)، الإنصاف (٤٢٦/٥-٤٢٧).
على قوله: «ولا تفتقر إلى ذكر مدة» لأنه عليه الصلاة والسلام لم يضرب لأهل خيبر

ظهور الثمرة فهي بينهما، وإن فسخ العامل قبل ظهورها فلا شيء له، وإن فسخ رب المال فعليه للعامل أجرة عمله، وقيل هي عقد لازم تفتقر إلى ضرب مدة تكمل الثمرة فيها فإن جعلا مدة لا تكمل فيها لم تصح. وهل للعامل أجرة؟ على وجهين. وإن جعلا مدة قد تكمل فيها وقد لا تكمل فهل تصح؟ على وجهين. فإن قلنا لا تصح فهل للعامل أجرة؟ على وجهين، وإن مات العامل تمم الوارث، فإن أبى استؤجر على العمل من تركته، فإن تعذرت فلرب المال الفسخ[1]، فإن فسخ بعد ظهور الثمرة فهو بينهما[2]، وإن فسخ قبله فهل للعامل أجرة؟ على

=

مدة ولا خلفاؤه من بعده. المبدع (٤/٣٩٤).

على قوله: «فهي بينهما» على ما شرطاه ويلزم العامل تمام العمل. المبدع (٤/٣٩٤).

على قوله: «فلا شيء له» لأنه رضي بإسقاط حقه. المبدع (٤/٣٩٤).

على قوله: «وإن فسخ رب المال» أي قبل ظهور الثمرة. انظر المبدع (٤/٣٩٤).

على قوله: «فعليه للعامل أجرة عمله» أي أجرة مثله لأنه منعه من إتمام عمله. المبدع (٤/٣٩٤).

على قوله: «وهل للعامل أجرة على وجهين» أي إذا ظهرت الثمرة ولم تكمل فله أجرة مثله لأنه لم يرض إلا بعوض وهو جزء من الثمرة وهو موجود لكن لا يمكن تسليمه فاستحق أجرة المثل كالإجارة الفاسدة، والثاني لا شيء له لأنه قد رضي بالعمل بغير عوض فهو كالمتبرع وكما لو لم تظهر الثمرة. المبدع (٤/٣٩٥).

على قوله: «فهل تصح على وجهين» أصحهما تصح لأن الشجر يحتمل أن يحمل ويحتمل عدمه والمساقاة جائزة فيه. المبدع (٤/٣٩٥).

على قوله: «فهل للعامل أجرة على وجهين» أصحهما وذكره في المغني وجهًا واحدًا له أجر المثل لأنه لم يرض بغير عوض وسواء حملت أو لا. المبدع (٤/٣٩٥).

على قوله: «وإن مات العامل» أو جن أو حجر عليه لسفه انفسخت على المذهب كرب المال وإن قيل بلزومها تمم إلخ. المبدع (٤/٣٩٥).

(١) قوله: «فإن أبى إلخ» أي إذا أبى الوارث لم يجبر لأن الوارث لا يلزمه من الحقوق التي على موروثه إلا ما أمكن دفعه من تركته والعمل ليس كذلك. المبدع (٤/٣٩٦).

(٢) قوله: «فإن فسخ بعد ظهور الثمرة فهي بينهما» أي لأنها حدثت على ملكيهما وكالمضاربة إذا انفسخت بعد ظهور الربح فيباع من نصيب العامل ما يحتاج إليه لأجر ما بقي من العمل، وإن احتيج إلى بيع الجميع بيع ثم إن كانت الثمرة قد بدا صلاحها خير المالك بين البيع والشراء فإن اشترى نصيب العامل جاز وإن اختار باع نصيبه والحاكم نصيب العامل وبقية العمل عليهما، وإن أبى باع الحاكم نصيب عامل

=

وجهين[1]. وكذلك إن هرب العامل فلم يوجد له ما ينفق عليها[2] فإن عمل فيها رب المال بإذن حاكم أو إشهاد رجع به وإلا فلا[3].

فصل

ويلزم العامل ما فيه صلاح الثمرة وزيادتها من السقي والحرث والزبار والتلقيح والتشميس وإصلاح طرق الماء وموضع التشميس ونحوه، وعلى رب المال ما فيه

«**والزبار والتلقيح**» والزبار: بكسر الزاي، لم أره في كتب اللغة، وكأنه مولد. وهو في عرف أهل زماننا: تخفيف الكرم من الأغصان الرديئة وبعض الجيدة يقطعها بمنجل ونحوه، قال ابن القطاع: زبرت الشيء: قطعته، وأما التلقيح، فهو وضع الذكر في الأنثى، وهو التأبير أيضا، وقد تقدم في بيع الأصول والثمار.

«**والتشميس**» هو جعل ما يحتاج إلى أن يجعل في الشمس فيها.

=

فقط وما يلزمه يستأجر عنه والباقي لورثته، وإن لم يبد صلاحها خير المالك فإن بيع لأجنبي لم يبع إلا بشرط القطع ولا يباع نصيب عامل وحده، وفي شراء المالك له واستحقاق الميت أجرة وجهان، وهكذا الحكم في بيع الزرع فإنه إذا باعه قبل ظهوره لا يصح وإن باعه بعد اشتداد حبه صح. انظر المبدع (٤/٣٩٦).

(١) قوله: «وإن فسخ قبله إلخ» أي قبل ظهورها، أظهرهما له الأجرة لأن العقد يقتضي العوض المسمى فإذا تعذر رجع إلى الأجرة كما لو فسخ بغير عذر، والثاني لا شيء له لأن الفسخ مستند إلى موته أشبه ما لو فسخ هو. المبدع (٤/٣٩٦).

(٢) قوله: «كذلك إن هرب العامل إلخ» أي حكمه حكم ما إذا مات لأنهما اشتركا في تعذر العمل، وظاهره أنه إذا وجد له مال أو أمكنه بالاقتراض عليه من بيت المال أو غيره فعل ذلك، وكذا إذا وجد من يعمله بأجرة مؤجلة إلى وقت إدراك الثمرة. والصحيح من المذهب أن العامل ليس له أجرة قبل الظهور. المبدع (٤/٣٩٦).

(٣) قوله: «وإن عمل فيها رب المال إلخ» أي بما أنفق لأن الحاكم نائب عن الغائب ولأنه إذا أشهد على الإنفاق مع عجزه عن إذن الحاكم فهو مضطر فإذا ترك استئذان الحاكم فأنفق بنية الرجوع فوجهان مبنيان على ما إذا قضى دينه بغير إذنه المبدع (٤/٣٩٧).

(فائدة) إذا بان الشجر مستحقا فله أجرة مثله على غاصبه ولا شيء على ربه. المبدع (٤/٣٩٧).

حفظ الأصل من سد الحيطان وإجراء الأنهار وحفر البئر والدولاب وما يديره، وقيل ما يتكرر كل عام فهو على العامل وما لا فلا، وحكم العامل حكم المضارب فيما يقبل قوله فيه وما يرد، وإن ثبتت خيانته ضم إليه من يشارفه فإن لم يمكن حفظه استؤجر من ماله من يعمل العمل. وإذا شرط إن سقى سيحا فله الربع وإن سقى بكلفة فله النصف أو إن زرعها شعيرا فله الربع وإن زرعها حنطة فله النصف لم يصح في أحد الوجهين(١)، وإن قال ما زرعت من شعير فلي ربعه وما زرعت من حنطة فلي نصفه(٢) أو ساقيتك على هذا البستان بالنصف على أن أساقيك الآخر بالربع لم يصح وجها واحدا(٣).

«**وما لا فلا**» أي: وما لا يتكرر، فلا يلزمه، وكذا كل ما في الكتاب من هذه النوع يقدر كل موضع بما يليق به.

«**إن سقى سيحًا**» السيح: مصدر ساح الماء يسيح سيحًا: إذا جرى على وجه الأرض(٤)، قاله الجوهري، وانتصابه إما على المصدر، نحو سَقَى سَقْيًا سيحا، أي: ذا سيح، وإما على إسقاط الخافض، أي: سقي بسيح. ومثال السقي سيحًا، أن يفتحه من نهر، أو قناة، ونحو ذلك.

---

(١) قوله: «وإن شرط إن سقى سيحًا إلخ» هذا المذهب لأن العمل مجهول والنصيب مجهول وهو في معنى بيعتين في بيعة. والثاني يصح بناء على قوله في الإجارة إن خطته روميًا فلك درهم وأن خطته فارسيًا فلك نصف درهم قاله في الشرح وفيه شيء سيأتي وكقوله ما زرعت من شيء فلي نصفه لقصة أهل خيبر فإن زرعها جنسين فأكثر وبين قدر كل جنس وحقه منه صح وإلا فلا. انظر المبدع (٣٩٩/٤).

(٢) قوله: «وإن قال ما زرعت إلخ» أي لم يصح؛ لأن ما يزرعه من كل منهما مجهول القدر فهو كما لو شرط له في المساقاة ثلث هذا النوع ونصف الآخر. المبدع (٣٩٩/٤).

(٣) قوله: «أو ساقيتك هذا إلخ» أي لأنه شرط عقدًا في عقد فلم يصح كالبيع، وكذا إن قال لك الخمسان إن كانت عليك خسارة وإلا فلك الربع نص عليه وقيل: بلى. المبدع (٣٩٩/٤).

(فائدة) إذا آجره الأرض وساقاه على الشجر فكجمع بيع وإجارة فيصح، وإن كان حيلة فالمذهب بطلانه، وذكر القاضي في إبطال الحيل جوازه، ثم إن كانت المساقاة في عقد ثان فهل تفسد أو هما فيه وجهان؟ وإن جمعهما في عقد فكتفريق صفقة وللمستأجر فسخ الإجارة، وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله: سواء صحت الإجارة أم لا فما ذهب من الشجر ذهب ما يقابله من العوض. الإنصاف (٤٣٥/٥).

(٤) انظر لسان العرب (٢١٦٧/٣) (سيح).

فصل في المزارعة

وتجوز المزارعة بجزء معلوم يجعل للعامل من الزرع[1]، فإن كان في الأرض

«في المزارعة» المزارعـــة: مفاعلة من الزرع، قال المصنف رحمه الله في «المغني»:

---

(١) قوله: «تجوز المزارعة إلخ» وهذا قول أكثر العلماء قال أبو جعفر: ما بالمدينة أهل بيت إلا ويزرعون على الثلث والربع، وزارع على وسعد وابن مسعود وعمر بن عبد العزيز والقاسم وعروة وآل أبي بكر وآل علي وابن سيرين وهو قول سعيد بن المسيب وطاوس وعبد الرحمن بن الأسود وموسى بن طلحة والزهري وابن أبي ليلى وأبي يوسف ومحمد وروى ذلك عن معاذ والحسن، وقال البخاري عامل عمر الناس على أنه إن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر وإن جاءوا بالبذر فلهم كذا، وكرهها عكرمة ومجاهد والنخعي ومالك وأبو حنيفة، وروي عن ابن عباس - رضي الله عنهما - الأمران وأجازها الشافعي في الأرض بين النخل إذا كان بياض الأرض أقل فإن كان أكثر فعلى وجهين، ومنعها في الأرض البيضاء لما روى رافع بن خديج قال كنا نخابر على عهد رسول الله ﷺ فذكر أن بعض عمومته أتاه فقال: نهى رسول الله ﷺ عن أمر كان لنا نافعًا وطواعية رسول الله ﷺ أنفع قال: قلنا ما ذاك قال: قال رسول الله ﷺ: «من كانت له أرض فليزرعها ولا يكرها بثلث ولا ربع ولا طعام مسمى» وعن ابن عمر - رضي الله عنهما - قال: ما كنا نرى بالمزارعة بأسًا حتى سمعت رافع بن خديج يقول نهى رسول الله ﷺ عن المخابرة متفق عليه، وروى البخاري عن جابر رضي الله عنه قال: كانوا يزرعونها بالثلث والربع والنصف فقال النبي ﷺ: «من كانت له أرض فليزرعها أو ليمنحها فإن لم يفعل فليمسك أرضه» وروي تفسيرها عن زيد بن ثابت فروى أبو داود بإسناده عن زيد رضي الله عنه قال نهى رسول الله ﷺ عن المخابرة، قال: أن تأخذ الأرض بنصف أو ثلث أو ربع، ولنا ما روى ابن عمر - رضي الله عنهما - قال: إن رسول الله ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر متفق عليه. وقال أبو جعفر: عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بالشطر ثم أبو بكر ثم عمر ثم عثمان ثم علي ثم أهلوهم اليوم يعطون الثلث والربع وهذا أمر صحيح مشهور عمل به رسول الله ﷺ حتى مات ثم خلفاؤه الراشدون حتى ماتوا ولم يبق بالمدينة أهل بيت إلا عمل به، فإن قيل: حديث خيبر منسوخ بخبر رافع قلنا: مثل هذا لا يجوز أن ينسخ لأن النسخ إنما يكون في حياته ﷺ فكيف عمل به بعد نسخه وعمل به خلفاؤه، وقد فسر رافع المنهي عنه بما لا يختلف في فساده فإنه قال كنا من أكثر الأنصار حقلا فكنا نكري الأرض على أن لنا هذه ولهم هذه فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه فنهانا عن ذلك، فأما الذهب والورق فلم ينهنا عنه متفق عليه. مع أن أحاديثه مضطربة جدًا مختلفة اختلافًا كثيرا يوجب ترك العمل بها لو انفردت فكيف تقدم على مثل حديثنا وقد أنكره فقيهان من الصحابة زيد بن ثابت وابن عباس. انظر الشرح الكبير (٣/٢٩٠-٢٩٢).

شجر فزارعه الأرض وساقاه على الشجر صح[1]، ولا يشترط كون البذر من رب الأرض وظاهر المذهب اشتراطه، وإن شرط أن يأخذ رب الأرض مثل بذره ويقتسما الباقي أو شرطا لأحدهما قفزانا معلومة[2] أو دراهم معلومة[3] أو زرع ناحية معينة من الأرض فسدت المزارعة والمساقاة[4] ومتى فسدت فالزرع لصاحب البذر[5]

وهي دفع الأرض إلى من يزرعها، ويعمل عليها، والزرع بينهما[6].

«**فزارعه الأرض**» أي: على الأرض، أو ضمن زارع، يعني: أعطى، وكذا ساقيتك هذا البستان، أي: أعطيتكه مزارعة، ومساقاة.

«**قفزانا معلومة**» وهي: جمع قفيز، وقد تقدم ذكره في موضعه.

---

(١) قوله: «فإن كان في الأرض إلخ» سواء قل بياض الأرض وكثر نص عليه، وقال: دفع النبي ﷺ خيبر على هذا، وسواء تساوى نصيب العامل فيهما أو اختلف وسواء كان بلفظ المعاملة أو المساقاة فلو زارعه على أرض فيها شجر لم يجز للعامل اشتراط ثمرتها لأنه اشترط كل الثمرة فلم يجز كما لو كان الشجر أكثر من الثلث. المبدع (٤/٤٠٢).
(فرع) لا يجوز إجارة أرض وشجر فيها قال أحمد أخاف أنه استأجر ثمرا لم يثمر وذكر أبو عبيد تحريمه إجماعا وجوزه ابن عقيل تبعا ولو كان الشجر أكثر لأن عمر ضمن حديقة أسيد بن حضير لما مات ثلاث سنين لوفاء دينه رواه حرب، وجوز الشيخ تقي الدين إجارة الشجر مفردا ويقوم عليها المستأجر كأرض لزرع فإن تلفت الثمرة فلا أجرة، وإن نقصت عن العادة فالفسخ أو الأرش لعدم المنفعة المقصودة وهو كجائحة. انظر المبدع (٤/٤٠٢).

(٢) قوله: «وإن شرط رب الأرض إلخ» لم يصح لأنه اشترط لنفسه قفزانا معلومة وهو شرط فاسد تفسد به المزارعة لأن الأرض لو لم تخرج إلا ذلك القدر لاختص به المالك وموضوعها على الاشتراك. المبدع (٤/٤٠٣).

(٣) قوله: «أو دراهم إلخ» لأنه ربما لا تخرج الأرض ما يساوي ذلك فيؤدي إلى الضرر. المبدع (٤/٤٠٣).

(٤) قوله: «أو زرع إلخ» أي بإجماع العلماء قيل هى المخابرة لأن الخبر الصحيح في النهي غير معارض. المبدع (٤/٤٠٣).

(٥) قوله: «فالزرع إلخ» أي لأنه عين ماله ينمو كأغصان الشجر ويتقلب من حال إلى حال. المبدع (٤/٤٠٣).

(٦) نعم، ذكره الإسلام موفق الدين المقدسي انظر المغني (٥/٢٤١)، وانظر دليل الطالب (١/١٤٠)، منار السبيل (١/٣٨٠)، الكافي لموفق الدين (٢/٢٩٧).

وعليه أجرة صاحبه[1]، وحكم المزارعة حكم المساقاة فيما ذكرنا، والحصاد على العامل نص عليه. وكذلك الجذاذ. وعنه أن الجذاذ عليهما. وإذا قال المزارع: أنا أزرع الأرض ببذري وعواملي وتسقيها بمائك والزرع بيننا فهل يصح؟ على روايتين[2]. وإن زارع شريكه في نصيبه صح[3].

---

(١) قوله: «وعليه إلخ» أي لأنه دخل على أن يأخذ ما سمى فإذا فات رجع إلى بدله، فعلى المذهب إن كان البذر من العامل فهو له وعليه أجرة مثل الأرض، وإن كان من رب الأرض فهو له وعليه أجرة مثل العامل، ولو دفع بذرًا لصاحب أرض يزرعها فيها وما يخرج يكون بينهما فهو فاسد لأن البذر ليس من رب الأرض ولا من العامل فالزرع لمالك البذر وعليه أجرة الأرض والعمل وقيل: يصح مأخوذ من مسألة الاشتراك. انظر المبدع (٤/٤٠٣).
على قوله: «وحكم المزارعة حكم المساقاة فيما ذكرنا» أي من الجواز واللزوم وأنها لا تجوز إلا بجزء مشاع معلوم للعامل وما يلزمه ورب الأرض وغير ذلك من أحكامها لأنها معاملة على الأرض ببعض نمائها. المبدع (٤/٤٠٣).

(٢) قوله: «وإذا قال إلخ» إحداهما: يصح اختارها القاضي وصححها في المغني والشرح لأن موضوع المزارعة على أن يكون من أحدهما الأرض ومن الآخر العمل وصاحب الماء ليس منه أرض ولا عمل ولا بذر، ولأن الماء لا يباع ولا يستأجر فكيف تصح المزارعة، والثانية: بلى واختارها أبو بكر، لأن الماء من جملة ما يحتاج إليه المزارع فجاز جعله من أحدهما. المبدع (٤/٤٠٤).

(٣) قوله: «وإن زارع إلخ» أي بشرط أن يجعل له في الزرع أكثر من نصيبه مثل أن تكون الأرض بينهما نصفين يجعل للعامل الثلثين فيصير السدس حصته في المزارعة فكأنه قال: زارعتك على نصيبي بالثلث فصح. المبدع (٤/٤٠٤).
(مسألة) لو اشترك ثلاثة من أحدهم البذر ومن الآخر الأرض ومن الثالث العمل على أن مهما فتح الله بينهم فهو فاسد نص عليه وقاله جماهير العلماء، لأن موضوع المزارعة أن البذر من رب الأرض أو العامل وليست شركة ولا إجارة، فعليه الزرع لصاحب البذر وعليه لصاحبيه أجرة مثلهما وفي الصحة تخريج وذكره الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى رواية اختاره. المبدع (٤/٤٠٥).
(فائدة) لو اشترك ثلاثة في أرض لهم على أن يزرعوها ببذرهم ودوابهم وأعوانهم على أن ما خرج منها بينهم على قدر ما لهم جاز بغير خلاف نعلمه. المبدع (٤/٤٠٥).
(فصل في إجارة الأرض) تجوز إجارتها بالذهب والفضة وسائر العروض غير المطعوم في قول عامة أهل العلم قال أحمد: ما اختلفوا في الذهب والورق قال ابن المنذر: أجمع عوام أهل العلم على أن اكتراء الأرض وقتا معلوما جائز بالذهب والورق، وروي عن الحسن وطاوس كراهة ذلك، فأما إجارتها بطعام فتنقسم ثلاثة أقسام: أحدها أن

باب الإجارة

وهي عقد على المنافع[1] تنعقد بلفظ الإجارة والكراء وما في معناهما، وفي لفظ

باب الإجارة

«**الإجارة**»: بكسر الهمزة مصدر أجره يأجره أجرًا وإجارة، فهو مأجور، هذا المشهور. وحكي عن الأخفش والمبرد: آجره بالمد فهو مؤجر، فأما اسم الأجرة نفسها، فإجارة بكسر الهمزة وضمها وفتحها، حكى الثلاثة ابن سيده في «**المحكم**» وقال المصنف رحمه الله في «**المغني**»: واشتقاق الإجارة من الأجر، وهو: العوض، ومنه سمي الثواب أجرًا، لأن الله تعالى يعوض العبد على طاعته ويصبره على مصيبته[2]. ويقال: أجرت الأجير وآجرته بالقصر والمد: أعطيته أجرته، وكذا أجره الله تعالى وآجره: إذا أثابه.

=

يؤجرها بطعام معلوم غير الخارج منها فيجوز نص عليه وهو قول أكثر أهل العلم منهم سعيد بن جبير وعكرمة والنخعي والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ومنع منه مالك واحتج مالك بما روى رافع بن خديج عن بعض عمومته قال: قال النبي ﷺ: «من كانت له أرض فلا يكريها بطعام مسمى» رواه أبو داود وابن ماجه، وروى ظهير بن رافع قال: «دعاني رسول الله ﷺ قال: ما تصنعون بمحاقلكم؟ قلت: نؤاجرها على الربع وعلى الأوسق من التمر والشعير، قال: لا تفعلوا، ازرعوها أو امسكوها» متفق عليه. ولنا قول رافع: «أما بشيء معلوم مضمون فلم ينهنا عنه» رواه مسلم، ولأنه عوض معلوم مضمون لا يتخذ وسيلة إلى الربا فجازت إجارتها به كالأثمان، وحديث رافع يحمل على إجارتها بذلك إذا كان خارجا منها، ويحتمل على ما إذا آجرها بالربع والأوسق. القسم الثاني: إجارتها بطعام معلوم من جنس ما يزرع فيها كإجارتها بقفزان حنطة كزرعها، فقال أبو الخطاب: فيها روايتان: إحداهما: المنع وهي التي ذكرها القاضي مذهبا وهي قول مالك لما ذكرنا من الأحاديث، والثانية: جواز ذلك اختارها أبو الخطاب وهو المذهب وهو قول أبي حنيفة والشافعي، الثالث: إجارتها بجزء مشاع معلوم مما يخرج منها كنصف وثلث فالمنصوص جوازه، واختار أبو الخطاب لا، وهو قول أبي حنيفة والشافعي وهو الصحيح إن شاء الله تعالى لما تقدم من الأحاديث ولأنها إجارة بعوض مجهول ونص أحمد في الجواز يتعين حمله على المزارعة بلفظ الإجارة. انظر الشرح الكبير (٣/٢٩٩-٣٠٠).

(١) قوله: «على المنافع» أي في قول أكثر العلماء منهم أبو حنيفة ومالك. وذكر بعض أن المعقود عليه العين. الشرح الكبير (٣/٣٠١).

(٢) نعم، ذكره شيخ الإسلام موفق الدين المقدسي، انظر المغني (٥/٢٥٠)، المبدع (٥/٦٢)، الروض المربع (٢/٢٩٤)، كشاف القناع للبهوتي (٣/٥٤٦).

البيع وجهان[1]. ولا تصح إلا بشروط ثلاثة: (**أحدها معرفة المنفعة**) إما بالعرف كسكنى الدار شهرا[2] وخدمة العبد سنة[3]، وإما بالوصف كحمل زبرة حديد وزنها كذا إلى موضع معين[4] وبناء حائط يذكر طوله وعرضه وسمكه وآلته

«**والكراء**» الكراء: بكسر الكاف ممدودًا، قال الجوهري: والكراء ممدودًا، لأنه مصدر كاريت، والدليل على ذلك أنك تقول: رجل مكارٍ، ومفاعل، إنما يكون من فاعلت آخر كلامه، يقال: أكريت الدار والدابة ونحوهما، فهي مكراة، وأكريت، واستكريت، وتكاريت بمعنّ، والكراء يطلق على المكري والمكتري[5].

«**بالعرف**» العرف: في اللغة: ضد النُّكْر[6]، ثم هو عبارة عما يتعارفه الناس بينهم، والنسبة إليه عرفي، ومنه قوله في الإيمان: الأسماء العرفية، وهي: ما يتعارفها الناس على خلاف ما هي عليه لغة.

---

(١) قوله: «وفي لفظ البيع إلخ» أحدهما: يصح اختاره الشيخ تقي الدين وذلك بأن يقول: بعتك نفعها قال في قاعدة له: والتحقيق أن المتعاقدين إن عرفا المقصود انعقدت بأي لفظ كان وهذا عام في جميع العقود. انظر المبدع (٤/٤٠٧).

(٢) قوله: «كسكنى الدار شهرا» هذا بلا نزاع، لكن لو استأجرها للسكنى لم يعمل فيها حدادة ولا قصارة ولا يسكنها دابة والصحيح من المذهب أنه لا يجعلها مخزنًا للطعام. المبدع (٤/٤٠٧).

(٣) قوله: «وخدمة العبد إلخ» لكن الخدمة تكون عرفًا على الصحيح من المذهب. الإنصاف (٦/٥).

(٤) قوله: «كحمل زبرة إلخ» لكن لو استأجره لحمل كتاب فحمله فوجد المحمول إليه غائبًا فله الأجرة لذهابه ورده على الصحيح من المذهب. المبدع (٤/٤٠٨).
على قوله: «وعرضه وسمكه» فإن بناه الأجير ثم سقط البناء فقد وفى الأجير ما عليه واستحق الأجرة كاملة، لأن سقوطه ليس من فعله ولا تفريطه، هذا إن لم يكن سقوطه من جهة العامل، فأما إن كان من جهته بأن فرط أو بناه محلولا أو نحو ذلك فسقط فعليه إعادته وغرامة ما تلف منه لتفريطه، وإن استأجره لبناء أذرع معلومة فبنى بعضها ثم سقط على أي وجه كان فعليه إعادة ما سقط وعليه تمام ما وقعت عليه الإجارة من الذرع مطلقا؛ لأنه لم يوف بالعمل وعليه غرم ما تلف إن فرط. انتهى. من شرح الإقناع.

(٥) انظر لسان العرب (٥/٣٨٦٦) (كرى).

(٦) انظر لسان العرب (٤/٢٨٩٩) (عرف).

وإجارة أرض معينة لزرع كذا أو غرس أو بناء معلوم[1]، وإذا استأجر للركوب ذكر المركوب فرسا أو بعيرًا ونحوه[2] فإن كان للحمل لم يحتج إلى ذكره[3].

«**كحمل زبرة حديد**» الزبرة.: بضم الزاي: القطعة من الحديد، والجمع: زُبَر: قال الله تعالى: ﴿ ءَاتُونِى زُبَرَ ٱلْحَدِيدِ ﴾ [الكهف: ٩٦] وزبرُ أيضًا بضمتين، حكاهما الجوهري.

«**وسمكه**» سمكه بفتح السين وسكون الميم: ثخانته، والسمّك في الحائط: بمنزلة العمق في غير المنتصب.

«**فرسًا أو بعيرًا**» نصب بــ «**كان**» مقدرة، كما تقدم في «**باب الغسل**» أصليًا أو مرتدًا.

---

(١) قوله: «وإجارة أرض إلخ» مفهوم كلامه أنه لو استأجر لزرع ما شاء أو غرس ما شاء أنه لا يصح وهو أحد الوجهين وهو ظاهر ما جزم به في الفائق وجزم به في الشرح والوجيز، والثاني وهو الصحيح من المذهب يصح، ومفهوم كلامه أيضا لو قال للزرع والغرس وسكت أنه لا يصح وهو أحد الوجهين، والوجه الثاني: يصح وجزم به في المغني والشرح. الإنصاف (٦/٧).

(٢) قوله: «ذكر المركوب إلخ» هذا بلا نزاع، ويشترط أيضا ما يركب به من سرج وغيره لأن منافعها تختلف، ويشترط معرفته برؤية أو صفة كمبيع. المبدع (٤/٤٠٨).
(فائدة) لابد من معرفة الراكب إما برؤية أو صفة على الصحيح من المذهب ولا يشترط ذكر أنوثية الدابة ولا ذكوريتها على الصحيح من المذهب. انظر الإنصاف (٦/٨).

(٣) قوله: «وإن كان للحمل إلخ» أي إذا كان لا تضره كثرة الحركة، وإن كان يضره كثرة الحركة كالزجاج والخزف والتفاح ونحوه اشترط معرفة حامله على الصحيح من المذهب. المبدع (٤/٤٠٩).
(فائدة) يشترط معرفة المتاع المحمول برؤية أو صفة وذكر جنسه وقدره بالكيل أو بالوزن على الصحيح من المذهب. الإنصاف (٦/٩).

فصل

و(**الثاني معرفة الأجرة**) بما تحصل به معرفة الثمن[1] إلا أنه يصح أن يستأجر الأجير بطعامه وكسوته[2] وكذلك الظئر[3]، ويستحب أن تعطى عند الفطام عبدا أو وليدة إذا كان المسترضع موسرا[4]،وإن دفع ثوبه إلى خياط أو قصار

«**وكذلك الظئر**» الظئر بكسر الظاء المعجمة بعدها همزة ساكنة: المرضعة غير ولدها، ويقال لزوجها: ظئر أيضا، وقد ظأره على الشيء: إذا عطفه عليه.

«**عند الفطام**» فطام الصبي: فصاله عن أمه، فطمت الأم ولدها، فهو فطيم، ومفطوم.

«**أو قصار**» قال الجوهري: هو الذي يدق الثياب[5]. قلت: وهو في عرف بلادنا: الذي بيض الثياب بالغسل، والطبخ، ونحوهما. والذي يدق يسمى: الدقاق، ولا فرق بينهما، ولا بين كل صانع منتصب للعمل بأجرة.

---

(١) قوله: «الثاني معرفة الأجرة إلخ» بغير خلاف نعلمه لما روى أبو سعيد ﷺ: «أن النبي ﷺ نهى عن استئجار الأجير حتى يبين له أجره» رواه أحمد، ويعتبر العلم بها مضبوطا بالكيل أو الوزن، فإن كان معلوما بالمشاهدة كصبرة نقد أو طعام فوجهان، فلو أجره الدار بعمارتها لم يصح للجهالة، ولو آجره بمعين على أن ما يحتاج إليه ينفقه المستأجر محتسبا به من الأجرة صح، ولو شرط أن يكون عليه خارجا من الأجرة لم يصح. المبدع (٤/٤٠٩).

(٢) قوله: «إلا أنه يصح إلخ» هذا المذهب، وهو مذهب مالك، وروي عن أبي بكر وعمر وأبي موسى - رضي الله عنهم - لقوله عليه الصلاة والسلام: «إن موسى آجر نفسه ثمان سنين أو عشر سنين على عفة فرجه وطعام بطنه» رواه ابن ماجه، وعنه لا يجوز وهو مذهب أبي حنيفة واختاره القاضي، لأنه مجهول. الشرح الكبير (٣/٣٠٤-٣٠٥).

(٣) قوله: «وكذلك الظئر» إجماعا لقوله تعالى: ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ ﴾ الآية واسترضع النبي ﷺ لولده إبراهيم فإن جعل الأجرة طعامها وكسوتها جاز على المذهب لقوله تعالى: ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ فعلى المذهب لو تنازعا في الطعام والكسوة رجع فيهما إلى العرف. المبدع (٤/٤١٠).

(٤) قوله: «ويستحب إلخ» لما روى أبو داود بإسناده عن حجاج بن حجاج الأسلمي عن أبيه قال: «قلت يا رسول الله: ما يذهب عني مذمة الرضاع؟ قال: الغرة، العبد أو الأمة» أي لأن ذلك سبب حياة الولد فاستحب للموسر جعل الجزاء رقبة لتناسب ما بين النعمة والشكر، وأوجبه أبو بكر قال الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى لعل هذا في المتبرعة وقال: يستحب إعتاقها إن كانت أمة. المبدع (٤/٤١٠).

(٥) انظر لسان العرب (٥/٣٦٤٩). (قصر).

ليعملاه ولهما عادة بأجرة صح ولهما ذلك[1] وإن لم يعقدا عقد إجارة وكذلك دخول الحمام والركوب في سفينة الملاح، وتجوز إجارة دار بسكنى دار وخدمة عبد وتزويج امرأة[2]، وتجوز إجارة الحلي بأجرة من جنسه[3] وقيل: لا تصح، وإن قال إن خطت هذا الثوب اليوم فلك درهم وإن خطته غدا فلك نصف درهم فهل يصح؟ على روايتين[4]. وإن قال إن خطته روميا فلك درهم وإن خطته فارسيا فلك نصف درهم فعلى وجهين. وإن أكراه دابة وقال إن رددتها اليوم فكراؤها خمسة وإن رددتها غدًا فكراؤها عشرة فقال أحمد ﷺ: لا بأس به، وقال القاضي يصح في اليوم الأول دون الثاني، وإن أكراه دابة عشرة أيام بعشرة دراهم فما زاد فله بكل يوم درهم فقال أحمد ﷺ: هو جائز، وقال القاضي: يصح في العشرة وحدها، ونص أحمد رحمه الله تعالى على أنه لا يجوز

«**خطته روميًا**» خطته: بكسر الخاء وتشديد الطاء، و«**روميًا**» منسوب إلى الروم، وهم: جيل من الناس، وهم من ولد الروم بن عيصو، يقال: روميّ وروم، كما يقال: زنجيّ وزنج. وفارسيًا: منسوب إلى فارس البلاد المعروفة، وروميّ وفارسيّ إشارة إلى نوعين من الخياطة كانا معروفين.

---

(١) قوله: «وإن دفع ثوبه إلخ» أي لأن العرف الجاري بذلك يقوم مقام القول، والصحيح من المذهب أن له الأجرة مطلقا، وكذا لو حلق رأسه أو غسله أو شرب منه ماء. المبدع (٤١١/٤).

(٢) قوله: «وتجوز إجارة دار إلخ» أي لقصة شعيب لأنه جعل النكاح عوض الأجرة ومنعه أبو حنيفة في المتفق دون المختلف كسكنى دار بمنفعة بهيمة. المبدع (٤١١/٤).

(٣) قوله: «ويجوز إجارة الحلي إلخ» هذا المذهب وقاله أكثر العلماء. المبدع (٤١٢/٤).

(٤) قوله: «وإن قال إلخ» إحداهما: لا يصح وهو المذهب وبه قال مالك والثوري والشافعي؛ لأنه عقد واحد اختلف فيه العوض بالتقديم والتأخير، وكذا إن قال إن زرعتها برا فبخمسة وإن زرعتها أرزا فبعشرة. الشرح الكبير (٣١٠/٣).

على قوله: «فعلى وجهين» أحدهما: لا يصح وهو المذهب، وعنه فيمن استأجر رجلا يحمل كتابا إلى الكوفة، فقال: إن أوصلته يوم كذا فلك عشرون وإن تأخرت بعده فلك عشرة أنها فاسدة وله أجر المثل. انظر المبدع (٤١٣/٤).

أن يكترى لمدة غزاته[1]، وإن سمى لكل يوم شيئًا معلومًا فجائز، وإن أكراه كل شهر بدرهم أو كل دلو بتمرة فالمنصوص أنه يصح[2] وكل ما دخل شهر لزمهما حكم الإجارة، ولكل واحد منهما الفسخ عند تقضي كل شهر، وقال أبو بكر وابن حامد: لا يصح.

فصل

(**الثالث أن تكون المنفعة مباحة مقصودة**) فلا تجوز الإجارة على الزنا والزمر والغناء،ولا إجارة الدار لتجعل كنيسة أو بيت نار أو لبيع الخمر، ولا يصح الاستئجار على حمل الميتة والخمر، وعنه يصح ويكره أكل أجرته.

«**والزنا والزمر والغناء**» الزنا: يذكر في أول «**باب حد الزنا**» والغناء تقدم في باب «**الحجر**».

وأما «**الزَّمْر**» فمصدر: زَمَرَ يَزْمِر ويَزَمُر زَمْرًا فهو زَمَّار، ولا يكاد يقال: زَامِر.

«**أو بيت نار**» البيت: معروف. والنار: معروفة مؤنثة، وجمعها: نُورٌ وأَنْوُر، ونِيرَانٌ، وأصلها الواو، والمراد هنا: النار التي يعبدها المجوس، أو من يعبدها.

---

(١) قوله: «ونص أحمد إلخ» وهو المذهب وهو قول أكثر أهل العلم منهم الأوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي؛ لأن المدة مجهولة والعمل مجهول؛ ولأن مدة الغزاة تطول وتقصر، فعلى هذا إن فعل فله أجر المثل كالإجارات الفاسدة. الشرح الكبير (٣/ ٣١١).

(٢) قوله: «وإن أكراه كل شهر إلخ» هذا المذهب لما روي عن علي ﷺ قال: «جعت مرة جوعًا شديدًا فخرجت أطلب العمل في عوالي المدينة فإذا أنا بامرأة قد جمعت مدرا فظننت أنها تريد بله فقاطعتها كل ذنوب بتمرة فمددت ستة عشر ذنوبا فعدت لي ست عشرة تمرة، فأتيت النبي ﷺ فأخبرته فأكل معي منها» رواه أحمد، ومثله إذا باعه الصبرة كل قفيز بدرهم. المبدع (٤/٤١٤).

(تنبيه) ظاهر قوله: «ولك واحد منهما إلخ» أن الفسخ يكون قبل دخول الشهر الثاني وهو اختيار أبي الخطاب والمصنف والشيخ تقي الدين، والصحيح من المذهب أن الفسخ لا يكون إلا بعد فراغ الشهر وهو على الفور في أول الشهر. الإنصاف (٦/٢١).

على قوله: «والزمر والغناء» ولا إجارة كاتب يكتب ذلك وكذا كتابة شعر محرم أو بدعة أو كلام محرم؛ لأنه انتفاع محرم.

على قوله: «ولا يصح الاستئجار على حمل الميتة» أي للأكل. انظر المبدع (٤/٤١٦).

فصل

والإجارة على ضربين: **أحدهما**: إجارة عين، فتجوز إجارة كل عين يمكن استيفاء المنفعة المباحة منها مع بقائها، فيجوز له استئجار حائط ليضع عليه أطراف خشبه[1] وحيوان ليصيد به[2] إلا الكلب واستئجار كتاب يقرأ فيه[3] إلا المصحف في أحد الوجهين[4] واستئجار النقد للتحلي والوزن لا غير[5]، فإن أطلق الإجارة لم يصح في أحد الوجهين ويصح في الآخر.

«**واستئجار النقد**» النقد في الأصل: مصدر نقد الدراهم: إذا استخرج منها الزيف، وهو هنا: بمعنى المنقود، وهي: الدراهم، والدنانير.

---

(١) قوله: «فيجوز له استئجار حائط إلخ» أي إذا كان الخشب معلوما والمدة معلومة وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: لا يجوز، ولنا أن هذه منفعة مقصودة مقدور على تسليمها واستيفائها. الشرح الكبير (٣/٣١٥).

(٢) قوله: «ويجوز استئجار حيوان إلخ» أي كالفهد والبازي في مدة معلومة لأنه منفعة مباحة مقدور على تسليمها، فأما إجارة سباع البهائم والطير التي لا تصلح للصيد فلا تجوز إجارتها وكذلك إجارة الكلب والخنزير ولو كان يصيد ويحرس لأنه لا يجوز بيعه ويتخرج جواز إجارة الكلب الذي يجوز اقتناؤه لأن فيه نفعا مباحا تجوز إعارته له فجازت إجارته ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين. الشرح الكبير (٣/٣١٥).

(٣) قوله: «واستئجار كتاب إلخ» أي فيه علم مباح للانتفاع بها من القراءة والنسخ والرواية وغير ذلك وهذا مذهب الشافعي، وكذلك يجوز استئجار كتاب فيه خط حسن يجود خطه عليه. الشرح الكبير (٣/٣١٥).

(٤) قوله: «إلا المصحف» هذا المذهب إجلالا لكتاب تعالى وكلامه عن المعاوضة، والثاني: يصح وهو مذهب الشافعي؛ لأنه انتفاع مباح تجوز الإعارة من أجله فكذا الإجارة. الشرح الكبير (٣/٣١٥).

(فائدة) ما حرم بيعه حرمت إجارته إلا الحر والوقف وأم الولد فإنه تجوز إجارتهم وإن حرم بيعهم. الشرح الكبير (٣/٣١٥).

(٥) قوله: «واستئجار النقد إلخ» أي كدنانير ودراهم مدة معلومة؛ لأنه أمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها وهذا المذهب، ويجوز أن يستأجر نخلا ليجفف عليها الثياب ويبسطها عليها ليستظل بها، ولأصحاب الشافعي في ذلك وجهان، ويجوز استئجار ما يبقى من الطيب كالعنبر والصندل وقطع الكافور للشم. انظر الشرح الكبير (٣/٣١٥).

على قوله: «فإن أطلق الإجارة» أي في الحلي بأن لم يقل للتحلي أو للوزن.

على قوله: «وينتفع بها في ذلك» أي في التحلي والوزن لا غير. الإنصاف (٦/٢٧).

وينتفع بها في ذلك، ويجوز استئجار ولده لخدمته[1] وامرأته لرضاع ولده وحضانته[2]. ولا يصح إلا بشروط خمسة: (أحدها) أن يعقد على نفع العين دون أجزائها، فلا تصح إجارة الطعام للأكل ولا الشمع ليشعله ولا حيوان لأخذ لبنه[3] إلا في الظئر[4] ونقع البئر يدخل تبعا. (الثاني) معرفة العين برؤية أو صفة[5] في أحد الوجهين وتصح في الآخر ....

«**ولا الشمع**» الشمع معروف، وهو: بفتح الشين والميم، وقد تسكن ميمه.

«**ليشعله**» بضم الياء وفتحها لغة، يقال: أشعل النار وشعلها لغة.

---

(١) قوله: «ويجوز استئجار ولده إلخ» أي كالأجنبي وسائر أقاربه إلا الأب فإنه يجوز على المذهب ويكره. المبدع (٤/٤١٨).

(٢) قوله: «وامرأته إلخ» هذا المذهب سواء كان منها أو من غيرها وكذا حضانته بائنا كانت المرأة في حباله لقوله تعالى: ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ ﴾ الآية وقوله عليه الصلاة والسلام: «لا ترضع الحمقى» يدل بمفهومه على جواز استرضاع غيرها، ولأن كل عقد يصح مع غير الزوج يصح معه كالبيع، وقال القاضي: لا يجوز، وهو قول أصحاب الرأي وحكي عن الشافعي لأنه قد استحق حبسها والاستمتاع بها بعوض فلا يجوز أن يلزمه عوض آخر. الشرح الكبير (٣/٣١٦-٣١٧).

(فائدة) يجوز استئجار دار يتخذها مسجدا يصلى فيه، وبه قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة لا يجوز لأن فعل الصلاة لا يجوز استحقاقه بعقد الإجارة بحال ولنا أنها منفعة مباحة يمكن استيفاؤها من العين مع بقائها فجاز استئجار الغير لها كالسكنى ويفارق الصلاة فإنها لا تدخل النيابة فيها بخلاف المسجد. الشرح الكبير (٣/٣١٦).

على قوله: «ولا تصح» إجارة العين.

(٣) قوله: «ولا حيوان إلخ» كاستئجار الإبل والبقر والغنم ليأخذ لبنها أو يسترضعها لسخاله أو لولده، ولا ليأخذ صوفها أو شعرها ووبرها، ولا استئجار شجرة ليأخذ ثمرها أو شيئا من عينها؛ لأن الإجارة بيع المنافع فلا تدخل الأجزاء فيها، ولأن هذا لا ينتفع به إلا بإتلاف عينه، واختار الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى جواز إجارة الحيوان لأخذ لبنه فإن أقام عليها المستأجر وعلفها فكاستئجار الشجرة، وإن علفها ربها وأخذ المشتري اللبن فبيع وليس هذا بغرر. المبدع (٤/٤١٩).

(٤) قوله: «إلا في الظئر» هذا المذهب لقوله تعالى: ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ ﴾ الآية والفرق بينها وبين البهائم أنه يحصل منها عمل من وضع الثدي في فم المرتضع بخلاف البهيمة.

(٥) قوله: «معرفة العين برؤية» أي إن كانت لا تنضبط بالصفات كالدار والحمام «أو بصفة» إن كانت تنضبط بها كالبيع وهذا المذهب. المبدع (٤/٤٢٠)

بدونه[1]، وللمستأجر خيار الرؤية. (الثالث) القدرة على التسليم، فلا تصح إجارة الآبق والشارد ولا المغصوب ممن لا يقدر على أخذه، ولا تجوز إجارة المشاع مفردا لغير شريكه[2]، وعنه ما يدل على جوازه[3]. (الرابع) اشتمال العين على المنفعة، فلا تجوز إجارة بهيمة زمنة للحمل ولا أرض لا تنبت للزرع. (الخامس) كون المنفعة مملوكة للمؤجر أو مأذونا له فيها[4]، فيجوز للمستأجر إجارة العين لمن يقوم مقامه[5]، ويجوز للمؤجر وغيره بمثل الأجرة وزيادة[6]،

(١) قوله: «وتصح إلخ» وهذا قول أصحاب الرأي كالبيع إذ الخلاف هاهنا مبني على الخلاف في البيع، ولا يجوز استئجار الفحل للضراب وهو ظاهر مذهب الشافعي لأنه ﷺ نهى عن عسب الفحل متفق عليه. وخرج أبو الخطاب وجها في جوازه بناء على إجارة الظئر لأن الحاجة تدعو إليه وهو قول الحسن وابن سيرين. الشرح الكبير (٣/٣١٨).

(٢) قوله: «ولا تجوز إجارة المشاع إلخ» هذا المذهب وهو قول أبي حنيفة وزفر لأنه لا يقدر على تسليمه إلا بتسليم نصيب شريكه ولا ولاية له عليه فلم يصح. الشرح الكبير (٣/٤٢٠).

(٣) قوله: «وعنه إلخ» اختاره أبو حفص العكبري وأبو الخطاب والحلواني وصاحب الفائق وغيرهم قال في المبدع: وعليه العمل واختاره الحافظ ابن عبد الهادي في حواشيه قال في الإنصاف: وهو الصواب وبه قال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد لأنه معلوم يجوز بيعه فجازت إجارته كالمفرز. المبدع (٤/٤٢١)، الإنصاف (٦/٣٢)، الشرح الكبير (٣/٣١٨).

(٤) قوله: «الخامس إلخ» هذا المذهب لأنها بيع المنافع فاشترط فيها ذلك، وقيل يصح ويقف على إجازة المالك كالبيع. الإنصاف (٥/٣٢)، المبدع (٤/٤٢١).

(٥) قوله: «فيجوز للمستأجر إلخ» هذا المذهب إذا قبضها نص عليه، لأن المنفعة لما كانت مملوكة له جاز أن يستوفيها بنفسه ونائبه ولا يجوز لمن هو أكثر ضررا منه. انظر المبدع (٤/٤٢١-٤٢٢).

(٦) قوله: «ويجوز للمؤجر إلخ» هذا المذهب؛ لأن كل عقد جائز برأس المال جاز بأكثر كبيع المبيع بعد قبضه، فعلى هذا ليس للمؤجر الأول مطالبة المستأجر الثاني بالأجرة لأن غريم الغريم ليس بغريم قال في شرح الإقناع قلت: إن غاب المستأجر الأول أو امتنع فللمؤجر رفع الأمر للحاكم فيأخذ من المستأجر الثاني ويوفيه أجرته أو من مال المستأجر الأول إن كان. المبدع (٤/٤٢٢)، الإنصاف (٦/٣٣).

على قوله: «بمثل الأجرة وزيادة» ولو لم يقبض المستأجر العين على المذهب لأن قبض العين لا ينتقل به الضمان إليه فلم يقف جواز التصرف عليه بخلاف المكيل والموزون =

وعنه لا يجوز بزيادة، وعنه إن جدد فيها عمارة جازت الزيادة وإلا فلا، وللمستعير إجارتها إذا أذن له المعير مدة بعينها[1]، وتجوز إجارة الوقف[2]، فإن مات المؤجر فانتقل إلى من بعده لم تنفسخ الإجارة في أحد الوجهين[3] وللثاني حصته من الربح، فإذا أجر الولي اليتيم أو السيد العبد ثم بلغ الصبي وعتق العبد لم تنفسخ الإجارة[4]، ويحتمل أن تنفسخ.

=

إلا إذا كانت الإجارة لمؤجر بزيادة حيلة كعينة بأن آجرها بأجرة حالة نقدا ثم استأجرها بأكثر نسيئة.

(١) قوله: «وللمستعير إلخ» أي لأنه لو أذن له في بيعها لجاز فكذا في إجارتها والأجرة لربها دون المستعير ولا يضمن المستأجر من المعير.

(٢) قوله: «وتجوز إجارة الوقف» هذا المذهب لأن منافعه مملوكة للموقوف عليه.

(٣) قوله: «فإن مات المؤجر إلخ» أحدهما: لا تنفسخ الإجارة بموت المؤجر، قال في الإنصاف وهو المذهب على ما اصطلحناه كما لو عزل الولي وناظر الوقف، والوجه الثاني: تنفسخ جزم به القاضي في خلافه وأبو الحسين واختاره ابن عقيل وابن عبدوس في تذكرته والشيخ تقي الدين قال ابن رجب في قواعده: وهو المذهب الصحيح لأن الطبقة الثانية تستحق العين بمنافعها تلقيا عن الواقف بانقراض الطبقة الأولى قال في الإنصاف: وهو الصواب وهو المذهب.

(تنبيه) محل الخلاف إذا كان المؤجر هو الموقوف عليه بأصل الاستحقاق، فأما إن كان المؤجر هو الناظر العام أو من شرط له وكان أجنبيا لم تنفسخ الإجارة بموته قولا واحدا قاله المصنف والشارح والشيخ تقي الدين وابن رجب وغيرهم وقال ابن رجب: أما إذا شرطه للموقوف عليه أو أتى بلفظ يدل على ذلك فأفتى بعض المتأخرين بإلحاقه بالحاكم ونحوه وأنه لا ينفسخ قولا واحدا وأدخله ابن حمدان في الخلاف قال الشيخ تقي الدين وهو الأشبه.

على قوله: «وللثاني حصته من الأجرة» أي من حين موت الأول، فإن كان قبضها رجع في تركته بحصته لأنه تبين عدم استحقاقه لها فإن تعذر أخذها فظاهر كلامهم تسقط وإن لم يقبض فمن مستأجر وذكر الشيخ تقي الدين أنه ليس لناظر وقف ونحوه تعجيلها كلها إلا لحاجة، ولو شرطه لم يجز لأن الموقوف عليه يأخذ ما لم يستحقه الآن وعليه للبطن الثاني أن يطالبوا بالأجرة للمستأجر.

(٤) قوله: «فإن آجر الولي إلخ» هذا المذهب؛ لأنه تصرف له تصرفا لازما فلا ينفسخ ببلوغ الصبي كما لو زوجه أو باع عقاره، فعلى المذهب لا يرجع العتيق على سيده بشيء من الأجرة على الصحيح من المذهب. وقيل: يرجع بحق ما بقي كما تلزمه نفقته إن =

فصل

وإجارة العين تنقسم قسمين: **(أحدهما)** أن تكون على مدة معلومة كإجارة الدار شهرًا والأرض عامًا والعبد للخدمة أو للرعي مدة معلومة ويسمى الأجير فيها الأجير الخاص، ويشترط أن تكون المدة معلومة[1] يغلب على الظن بقاء العين فيها وإن طالت[2]. ولا يشترط أن تلي العقد فلو أجره سنة خمس في سنة أربع صح سواء كانت العين مشغولة وقت العقد أو لم تكن[3]، وإذا آجره في

=

لم يشترطها على مستأجر. المبدع (٤/٤٢٤)، الإنصاف (٦/٣٦).

(تنبيه) محل الخلاف فيما إذا لم يعلم بلوغه عند فراغها فأما إن أجره مدة يعلم بلوغه فيها فإنها تنفسخ على الصحيح من المذهب، كما إذا آجره سنتين وهو ابن أربع عشرة وقيل: لا تنفسخ أيضا قدمه في القاعدة السادسة والثلاثين وقال هذا الأشهر، واختاره القاضي وأصحابه. وهو ظاهر ما قدمه الشارح، وهكذا العبد إذا علم السيد عتقه في المدة التي وقعت عليها الإجارة بأن كان عتقه معلقا على شيء انفسخت وقت عتقه.

على قوله: «فإن آجر الولي اليتيم» مدة أو آجر ماله مدة. انظر المبدع (٤/٤٢٤).

(١) قوله: «ويشترط كون المدة معلومة» هذا المذهب لأن المدة هي الضابطة للمعقود عليه المعرفة له، لكن لو علقها على ما يقع اسمه على شيئين كالعيد وجمادى وربيع فهل يصح ويصرف إلى الأول أو لا يصح حتى يعين؟ فيه وجهان: الأول اختيار المصنف وجماعة من الأصحاب، والثاني: المذهب. المبدع (٤/٤٢٥)، الإنصاف (٦/٣٨).

(٢) قوله: «يغلب إلخ» هذا المذهب. الإنصاف (٦/٣٨).

(فائدة) ليس لوكيل مطلق إجارة مدة طويلة، بل العرف كسنتين ونحوهما قاله الشيخ تقي الدين وهو المذهب، قال في الإنصاف قلت الصواب الجواز إن رأى في ذلك مصلحة ويعرف بالقرائن، والذي يظهر أن الشيخ تقي الدين لا يمنع ذلك. انتهى. الإنصاف (٦/٣٩).

(٣) قوله: «ولا يشترط أن تلي العقد إلخ» هذا المذهب وبه قال أبو حنيفة، وقال الشافعي لا يصح إلا أن يستأجرها من هي في يده ففيه قولان؛ لأنه عقد على ما لا يمكن تسليمه في الحال، ولنا أنها مدة يجوز العقد عليها مع غيره فجاز العقد عليها مفردة كالتي تلي العقد، وإنما يشترط القدرة على التسليم عند وجوبه كالسلم فإنه لا يشترط وجود القدرة عليه حال العقد، إذا ثبت هذا فإن الإجارة إن كانت على مدة تلي العقد لم يحتج إلى ذكر ابتدائها ويكون ابتداؤها في حين العقد، وإن كانت لا تليه فلا بد من ذكر ابتدائها كانتهائها وهذا المذهب، فإن أطلق وقال آجرتك سنة أو شهرًا صح وكان ابتداؤها من حين العقد وهو قول أبي حنيفة ومالك. وقال الشافعي وبعض أصحابنا لا يصح حتى يسمي الشهر ويذكر أي سنة هي. الشرح الكبير (٣/٣٢٤).

=

أثناء شهر سنة استوفى شهرا بالعدد وباقيها بالأهلة، وعنه يستوفي الجميع بالعدد، وكذلك الحكم في كل ما تعتبر فيه الأشهر كعدة الوفاة وشهري صيام الكفارة. **(القسم الثاني)** إجارتها لعمل معلوم كإجارة الدابة للركوب إلى موضع معين[1] أو بقر لحرث مكان أو دياس زرع أو استئجار عبد ليدله على طريق[2] أو رحى

=

على قوله: «بالأهلة» وهذا المذهب.

على قوله: «وشهري صيام الكفارة» وكذا النذر ومدة الخيار وغير ذلك. انظر المبدع (٤/٤٢٧).

على قوله: «القسم الثاني إجارتها» أي العين. المبدع (٤/٤٢٧).

(١) قوله: «كإجارة الدابة إلخ» أي لأنها خلقت له وقد أخرجاه في الصحيحين، ويعتبر معرفة الأرض بالمشاهدة لاختلافها بالصلابة والرخاوة، وتقدير العمل إما بالمدة كيوم وإما بمعرفة الأرض كهذه أو بالمساحة كجريب، فإن قدره بالمدة فلابد من معرفة البقر التي يعمل عليها. المبدع (٤/٤٢٧).

(فائدة) يجوز اكتراء الحيوان لغير ما خلق له كالبقر للركوب أو الحمل والإبل والحمر للحرث لأنها منفعة مقصودة أمكن استيفاؤها من الحيوان لم يرد الشرع بتحريمها. المبدع (٤/٤٢٨).

(٢) قوله: «أو استئجار عبد إلخ» أي لأنه ﷺ وأبا بكر ﷺ وأرضاه استأجرا عبد الله بن الأريقط هاديا خريتا وهو الماهر بالهداية ليدلهما على طريق المدينة، ولو عبر بمن لعم. المبدع (٤/٤٢٨).

(مسائل) (الأولى) يجوز استئجار كيال أو وزان أو عداد وزراع ونقاد لعمل معلوم أو في مدة معلومة بغير خلاف نعلمه. المبدع (٤/٤٢٨).

(الثانية) يجوز أن يستأجر رجلا ليلازم غريما يستحق ملازمته، وعنه يكره. المبدع (٤/ ٤٢٨).

(الثالثة) يجوز الاستئجار لحفر الآبار والأنهار والقنى، ولابد من معرفة الأرض التي يحفر فيها لأن الأرض تختلف بالصلابة وضدها، ولابد من معرفة دور البئر وعمقها وآلاتها إن طواها، وإن حفر بئرا فعليه شيل ترابها منها أي البئر لأنه لا يمكن حفرها إلا به فإن تهور تراب من جانبها أو سقطت فيه بهيمة ونحو ذلك لم يلزم الأجير شيله، فإن وصل إلى صخرة أو جماد يمنع الحفر لم يلزمه حفره وله الفسخ فإن فسخ فله من الأجر بقسط ما عمل وهذا المذهب في ذلك كله. المبدع (٤/٤٢٩).

على قوله: «وحمل إلى موضع معين» هذا صحيح بلا نزاع، ويلزمه الشروع فيه عقب العقد، فلو ترك ما يلزمه فقال الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى بلا عذر فتلف بسببه ضمنه، وله الاستنابة فإن مرض أو هرب اكترى من يعمل عليه، فإن شرط له مباشرته

=

لطحن قفزان معلومة فيشترط معرفة العمل وضبطه بما لا يختلف.

فصل

(الضرب الثاني) عقد على منفعة في الذمة مضبوطة بصفات كالسلم كخياطة ثوب وبناء دار وحمل إلى موضع معين، ولا يكون الأجير فيها إلا آدميا جائز التصرف، ويسمى الأجير المشترك. ولا يجوز الجمع بين تقدير المدة والعمل[1] كقوله: استأجرتك لتخيط لي هذا الثوب في يوم ويحتمل أن يصح، ولا تصح الإجارة على عمل يختص فاعله أن يكون من أهل القربة كالحج والأذان ونحوهما[2]، وعنه تصح[3].

= بنفسه فلا ولا استنابة إذن. انظر المبدع (٤/٤٢٩)، الإنصاف (٦/٤٢).

(١) قوله: «ولا يجوز الجمع إلخ» هذا المذهب لأن الجمع بينهما يزيد الإجارة غررا لا حاجة إليه، لأنه قد يفرغ من العمل قبل انقضاء اليوم، فإن استعمل في بقيته فقد زاد على ما وقع العقد عليه وإن لم يعمل كان تاركا للعمل في بعضه فهذا غرر ويحتمل أن يصح وهو رواية كالجعالة، فعلى الصحة لو أتمه قبل فراغ المدة فلا شيء عليه، ولو مضت المدة قبله فله الفسخ قاله في الفائق وغيره. المبدع (٤/٤٣٠)، الإنصاف (٦/٤٢).

(٢) قوله: «ولا تصح الإجارة إلخ» وكإمامة صلاة وقراءة قرآن، قال في الرعاية والقضاء: وهذا المذهب لما روى عبادة قال: «علمت ناسا من أهل الصفة القرآن فأهدى لي رجل منهم قوسا فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال إن سرك أن يقلدك الله قوسا من نار فاقبلها» وعن أبي بن كعب أنه علم رجلا سورة من القرآن فأهدى له خميصة أو ثوبا فذكر ذلك للنبي ﷺ فقال «إنك لو لبستها ألبسك الله مكانها ثوبا من نار» رواهما الأثرم. المبدع (٤/٤٣٠)، الإنصاف (٦/٤٢).

(٣) قوله: «وعنه تصح» أي لأنه عليه الصلاة والسلام زوج رجلا بما معه من القرآن متفق عليه، فإذا جاز تعليم القرآن في النكاح وقام مقام المهر جاز أخذ الأجرة عليه، ولحديث أبي سعيد في الرقية ، ولأنه يجوز أخذ الأجرة عليه من بيت المال فجاز من غيره مع أن الحاجة داعية إلى الاستنابة في الحج، وكمن أعطى بلا شرط نص عليه وقيل يصح للحاجة ذكره الشيخ تقي الدين واختاره وقال لا يصح الاستئجار على القراءة وإهداؤها إلى الميت لأنه لم ينقل عن أحد من الأئمة الإذن في ذلك، وقد قال العلماء: إن القارئ إذا قرأ لأجل المال فلا ثواب له فأي شيء يهدى إلى الميت وإنما يصل إلى الميت العمل الصالح، والاستئجار على مجرد التلاوة لم يقل به أحد من الأئمة وإنما تنازعوا في الاستئجار على التعليم. والمستحب أن يأخذ الحاج عن غيره ليحج لا أن يحج ليأخذ. فمن أحب إبراء ذمة الميت أو رؤية المشاعر يأخذ ليحج، ومثله كل رزق أخذ على عمل صالح ففرق بين من يقصد الدين فقط والدنيا وسيلة أو عكسه. =

فإن استأجره ليحجمه صح[1]، ويكره للحر أكل أجرته ويطعمه الرقيق والبهائم[2]، وقال القاضي لا تصح.

«**أو دياس زرع**» يقال: داس الزرع دياساً بمعنى: درسه، وأداسه لغة، ومعناه: دقه ليتخلص الحب من القشر.

«**الأجير المشترك**» أي: المشترك فيه، أو في عمله، لأن الفعل إذا كان لازمًا لا يكون اسم مفعوله إلا موصولاً بحرف جر، أو ظرف، أو مصدر، ثم توسع في ذلك، فحذف الجار، ثم صار الضمير متصلا فاستتر.

«**من أهل القربة**» القربة والقربان بضم القاف فيهما: ما يتقرب به إلى الله تعالى.

=

والأشبه أن عكسه ليس له في الآخرة من خلاق. قال وحجه عن غيره ليستفضل ما يوفي دينه الأفضل تركه لم يفعله السلف ويتوجه فعله لحاجة قاله صاحب الفروع ونصره، ونقل ابن هانئ فيمن عليه دين وليس له ما يحج أيحج عن غيره ليقضي دينه؟ قال نعم المبدع (٤/٤٣١).

(فوائد) (الأولى): تعليم الحديث والفقه ملحق بما تقدم على الصحيح وقيل يصح هنا وإن منعناه فيما تقدم اختاره المصنف والشارح وهو المذهب على المصطلح. الإنصاف (٦/٤٤).

(الثانية) لا بأس بأخذ الأجرة على الرقية نص عليه قاله الشيخ تقي الدين. الإنصاف (٦/٤٤).

(الثالثة) يحرم أخذ أجرة وجعالة على ما يتعدى نفعه كصوم وصلاة خلفه ونحوهما. الإنصاف (٦/٤٤).

(الرابعة) يجوز أخذ الرزق على ما يتعدى نفعه على الصحيح من المذهب. الإنصاف (٦/٤٤).

(١) قوله: «وإن استأجره ليحجمه صح» هذا المذهب لما روى ابن عباس - رضي الله عنهما - قال: «احتجم النبي ﷺ وأعطى الحجام أجره» قال ابن عباس - رضي الله عنهما - ولو كان حراما لم يعطه متفق عليه. المبدع (٤/٤٣١)، الإنصاف (٦/٤٥).

(٢) قوله: «ويكره إلخ» أي على القول بصحته وهو المذهب لقوله عليه الصلاة والسلام «كسب الحجام خبيث» متفق عليه، ولا يلزم منه التحريم فإنه قد سمى البصل والثوم خبيثين مع إباحتهما، وخص الحر بذلك تنزيهًا له. وعنه يحرم. المبدع (٤/٤٣٢)، الإنصاف (٦/٤٥).

(فائدة) يجوز الاستئجار لغير الحجامة كالفصد وحلق الشعر وتقصيره والختان وقطع شيء من جسده للحاجة إليه واستئجار من يقلع ضرسه، فإن أخطأ فقلع غير ما أمر بقلعه ضمنه لأنه جناية، ولا فرق في ضمانها بعد العمد والخطأ إلا في القصاص وعدمه. انظر الإنصاف (٦/٤٦).

فصل

وللمستأجر استيفاء المنفعة بنفسه وبمثله[1]، ولا يجوز بما هو أكثر ضررا منه ولا بمن يخالف ضرره ضرره، وله أن يستوفي المنفعة وما دونها في الضرر من جنسها فإذا اكترى لزرع الحنطة فله زرع الشعير ونحوه، وليس له زرع الدخن ونحوه، ولا يملك الغرس ولا البناء، وإن اكتراها لأحدهما لم يملك الآخر، فإن اكتراها للغرس ملك الزرع وإن اكترى دابة للركوب أو الحمل لم يملك الآخر[2]، وإن اكتراها لحمل الحديد أو القطن لم يملك حمل الآخر، وإن فعل فعليه أجرة

---

(١) قوله: «وللمستأجر استيفاء المنفعة إلخ» أي لأن أصل العقد يراد للعاقد، ولو شرط عليه المستأجر استيفاء المنفعة بنفسه فسد الشرط و لم يلزم الوفاء به لأنه شرط ينافي مقتضى العقد إذ مقتضاه الملك ومن ملك شيئا استوفاه بنفسه وبنائبه. المبدع (٤/٤٣٢).

(فائدتان) يعتبر كون المنفعة المعقود عليها للمستأجر، فلو اكترى دابة لركوب المؤجر لم يصح العقد لئلا يلزم تحصيل الحاصل إذ المنفعة ملك للمؤجر قبل العقد عليها فلو صح استئجارها لزم تمليكه ما هو في ملكه، وإذا استأجر لنفسه كان له إعارتها للمؤجر كغيره فلو أعار المستأجر العين المؤجرة فتلفت عند المستعير من غير تفريط لم يضمنها على الصحيح من المذهب.

(الثانية) لو اكتراها ليركبها إلى موضع معين أو يحمل عليها آلته فأراد العدول إلى مثلها في المسافة والحزونة والأمن أو التي يعدل إليها أقل ضررا جاز على الصحيح من المذهب، فإن سلك أبعد أو أشق فأجرة المثل، وقيل المسمى وأجرة الزائد والمشقة، قال الشارح: وهو قياس المخصوص. الإنصاف (٦/٤٧).

على قوله: «فله زرع الشعير ونحوه» لأنه أقل ضررا منه. المبدع (٤/٤٣٣).

على قوله: «ولس له زرع الدخن ونحوه» لأنه فوقه في الضرر، فإن فعل لزمه المسمى مع تفاوتهما في أجر المثل نص عليه. المبدع (٤/٤٣٣)..

على قوله: «وإن اكتراها لأحدهما لم يملك الآخر» لأن ضرر كل واحد يخالف ضرر الآخر فإن اكترى أرضا ليزرعها أو يغرسها لم يصح، قطع به كثير من الأصحاب منهم المصنف والشارح لأنه لم يعين، وإن قال لتزرعها بما شئت وتغرسها ما شئت صح، قطع به المصنف والشارح، وإن قال لتنتفع بها ما شئت فله الزرع والغرس والبناء كيف شاء قاله في الرعاية الكبرى وغيره واختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى. المبدع (٤/٤٣٣)، الإنصاف (٦/٤٨).

(٢) قوله: «وإن اكترى دابة للركوب إلخ» أي لاختلاف الضرر، لأن الراكب يعين الظهر بحركته فلا يملك الحمل والركوب أشد على الظهر. المبدع (٤/٤٣٤).

المثل[1]، وإن اكتراها لحمولة شيء فزاد عليه أو إلى موضع فجاوزه فعليه الأجرة المذكورة وأجرة المثل للزائد ذكره الخرقي وقال أبو بكر: عليه أجرة المثل للجميع، وإن تلفت ضمن[2] قيمتها إلا أن تكون في يد صاحبها فيضمن نصف قيمتها في أحد الوجهين[3].

فصل

ويلزم المؤجر كل ما يتمكن به من النفع كزمام الجمل ورحله وحزامه والشد

«**لحمولة شيء**» الحمولة بضم الحاء: الأحمال، وبفتحها: ما يحتمل عليه، سواء كانت عليه الأحمال، أو لم تكن. وأما الحمول بالضم بلا هاء: فهى الإبل التي عليها الهوادج.

«**كزمام الجمل وحزامه ورحله**» الزمام بكسر الزاي. قال الجوهري: هو الخيط الذي يشد في البرة، ثم يشد في طرفه المقود، وقد يسمى المقود زمامًا، وهو المراد هنا؛ لأن المستأجر لا يتمكن من النفع بالخيط الذي في البرة مفردًا، والحزام بكسر الحاء المهملة: ما تحزم به البرذعة ونحوها. يقال: حزم الدابة: إذا شد حزامها[4].

---

(١) قوله: «فعليه أجرة المثل» يعني: إذا فعل ما لا يجوز فعله من زرع وبناء وغرس وركوب وحمل نحوه، والصحيح من المذهب أنه يلزم المسمى مع تفاوتهما في أجرة المثل نص عليه. المبدع (٤/٤٣٤)، الإنصاف (٦/٤٩).

(٢) قوله: «وإن تلفت ضمن قيمتها» سواء تلفت في الزيادة أو بعد ردها إلى المسافة وسواء كان صاحبها مع المكتري أو لم يكن . المبدع (٤/٤٣٥).
على قوله: «وأجرة المثل للزائد» وهذا المذهب. الإنصاف (٦/٤٩).

(٣) قوله: «إلا أن تكون إلخ» أي لأنه اجتمع عليها يدان: يد صاحبها ويد المستأجر، فالذي يقابله النصف والثاني يلزمه القيمة كلها حيث لم يرض مالكها وهو المذهب، لأن اليد للراكب وصاحب الحمل، وسكوت صاحبها لا يدل على الرضا كما لو بيع ملكه وهو ساكت إلا أن يكون للمستأجر على العين المؤجرة شيء وتلفت في يد صاحبها بسبب غير حاصل من الزيادة بأن افترسها سبع أو سقطت في هوة أو جرحها إنسان فماتت فإنه لا ضمان على المكترى لأنها لم تتلف في يد عادية وإن كان بسببها كتعبها من الحمل الذي زاد فيه أو السير الذي زاد فيه المستأجر ضمن المستأجر لأنها تلفت بسبب حاصل من تعديه. انظر المبدع (٤/٤٣٥)، الإنصاف (٦/٥١).

(٤) انظر لسان العرب (٣/١٨٦٥) (زمم).

عليه وشد الأحمال والمحامل والرفع والحط ولزوم البعير لينزل لصلاة الفرض ومفاتيح الدار وعمارتها وما جرت عادته به، فأما تفريغ البالوعة والكنف فيلزم المستأجر إذا تسلمها فارغة.

فصل

والإجارة عقد لازم من الطرفين ليس لأحدهما فسخها[1]، وإن بدا له قبل تقضي المدة فعليه الأجرة[2]، وإن حوله المالك قبل تقضيها لم يكن له أجرة لما سكن

«**تفريغ البالوعة والكنف**» قال ابن درستويه: وسميت البالوعة على «**فاعولة**» وبلوعة على «**فعولة**»: لأنها تبلع المياه، وهي البواليع والبلاليع، قال المطرز في شرحه، ويقال لها أيضا: البلوقة، وجمعها بلاليق. قال: وقد جاءت البلاعة والبلاقة على وزن علامة، قال الجوهري: البالوعة: ثقب في وسط الدار، وكذلك البلوعة، فيكون فيها حينئذ خمس لغات، و«**الكنف**» بضم الكاف والنون، جمع كنيف، وهو الموضع المعد للتخلي من الدار، قال ابن فارس: الكنيف: الساتر، ويسمى الترس كنيفا؛ لأنه يستر.

---

(١) قوله: «ليس لأحدهما فسخها» أي بعد انقضاء خيار المجلس أو الشرط إلا أن يجد العين معيبة عيبا لم يعلم به فله الفسخ بغير خلاف نعلمه، والعيب الذي يفسخ به ما تنقص به المنفعة ويظهر به تفاوت الأجرة فإن رضي المستأجر بالمقام ولم يفسخ لزمه جميع الأجرة المسماة ولا أرش له «فإن اختلفا هل هو عيب أم لا رجع إلى أهل الخبرة، وهذا إذا كان العقد على عينها، فإن كانت موصوفة في الذمة لم ينفسخ العقد وعلى المكتري إبدالها فإن عجز عن إبدالها أو امتنع ولم يمكن إجباره فللمكترى الفسخ. المبدع (٤/٤٣٨)، الإنصاف (٦/٥٤-٥٥).
على قوله: «ليس لأحدهما فسخها» وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة.

(٢) قوله: «وإن بدا له قبل إلخ» هذا المذهب ولا يجوز للمؤجر التصرف فيها فإن تصرف ويد المستأجر عليها بأن سكن المؤجر الدار أو آجرها لغيره لم تنفسخ الإجارة وعلى المستأجر جميع الأجرة وله على المالك أجرة المثل لما سكنه أو تصرف فيه، فعليه إن كانت أجرة المثل بقدر الأجرة المسماة في العقد لم يجب على المستأجر شيء. الشرح الكبير (٣/٣٤٨)، الإنصاف (٦/٥٥).
على قوله: «قبل تقضيها» أو امتنع الأجير من تكميل العمل كمن اكترى دابة وامتنع المكتري من تسليمها في بعض المدة أو آجر نفسه أو عبده للخدمة وامتنع من إتمامها أو آجر نفسه أو عبده لبناء حائط أو خياطة ثوب أو حفر بئر أو حمل شيء إلى مكان وامتنع من إتمام العمل مع القدرة عليه. المبدع (٤/٤٣٨).
على قوله: «نص عليه» وهو المذهب المنصوص وهو من مفرداته؛ لأنه لم يسلم له ما تناوله عقد الإجارة. الإنصاف (٦/٥٥).

نص عليه، ويحتمل أن له من الأجرة بقسطه، وإن هرب الأجير حتى انقضت المدة انفسخت الإجارة[1]، وإن كانت على عمل خير المستأجر بين الفسخ والصبر[2]، وإن هرب الجمّال أو مات وترك الجمال أنفق عليها الحاكم من مال الجمّال أو أذن للمستأجر في النفقة عليها[3] فإذا انقضت الإجارة باعها الحاكم ووفى المنفق وحفظ باقي ثمنها لصاحبه. وتنفسخ الإجارة بتلف العين المعقود عليها[4] وموت الصبي المرتضع وموت الراكب إذا لم يكن له من يقوم مقامه في استيفاء المنفعة[5]. وانقلاع الضرس الذي اكترى لقلعه أو برئه ونحو هذا، وإن

---

(١) قوله: «وإن هرب الأجير إلخ» أي أو شردت الدابة أو أخذ المؤجر العين وهرب بها أو منعه من استيفاء المنفعة من غير هرب لم تنفسخ الإجارة بذلك للزومها ويثبت للمستأجر خيار الفسخ فإن فسخ فلا كلام وإن لم يفسخ وكانت الإجارة على مدة انفسخت بمضيها يومًا فيومًا، فإن عادت العين في أثنائها استوفى المستأجر ما بقي من المدة، وإن انقضت المدة انفسخت وهذا المذهب. المبدع (٤/٤٣٩).

(٢) قوله: «وإن كانت على عمل إلخ» أي كخياطة ثوب ونحوه وحمل شيء إلى موضع معين استأجر الحاكم من ماله من يعمل العمل فإن تعذر بأن لم يكن له مال فله الفسخ فإن لم يفسخ وصبر فله مطالبته بالعمل متى أمكن لبقائه في ذمته، وكل موضع امتنع الأجير من إتمام العمل فيه أو منع المؤجر المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة إذا كان بعد عمل البعض فلا أجرة له لما سبق؛ لأنه لم يسلم له ما تناوله عقد الإجارة فلم يستحق شيئًا. المبدع (٤/٤٣٩).

(٣) قوله: «وإن هرب الجمال إلخ» إذا أنفق المستأجر على الجمال والحالة ما تقدم بإذن الحاكم رجع بما أنفقه بلا نزاع، وإن لم يستأذنه ونوى الرجوع ففيه الروايتان اللتان فيمن قضى دينًا عن غيره بغير إذنه على ما تقدم في باب الضمان، والصحيح منهما أنه يرجع، وإن لم ينو فلا رجوع، ولا يعتبر الإشهاد على نية الرجوع، وكذا لا يعتبر تعذر استئذان الحاكم، وإن اختلفا فيما أنفق وكان الحاكم قدر النفقة قبل قول المكتري في إنفاق ذلك دون ما زاد، وإن لم يقدر الحاكم قبل قول المستأجر في قدر النفقة بالمعروف وهذا المذهب في ذلك كله. انظر المبدع (٤/٤٣٩-٤٤٠)، الإنصاف (٦/٥٧).

(٤) قوله: «وتفسخ الإجارة إلخ» أي: فإن تلفت في أثنائها انفسخت فيما بقي من المدة خاصة وله من المسمى بالقسط. المبدع (٤/٤٤٠).

(٥) قوله: «وموت الراكب إلخ» هذا إحدى الروايتين اختاره المصنف والشارح، والمذهب أن الإجارة لا تنفسخ بموت الراكب ولو لم يكن له من يقوم مقامه؛ لأن المعقود عليه إنما هو منفعة الدابة دون الراكب لما تقدم من أن مستأجر الدابة للركوب له أن
=

اكترى دارا فانهدمت أو أرضا للزرع فانقطع ماؤها انفسخت الإجارة فيما بقي من المدة في أحد الوجهين[1]، وفي الآخر يثبت للمستأجر خيار الفسخ ولا تنفسخ بموت المكري والمكترى[2] ولا بعذر لأحدهما[3] مثل أن يكتري للحج فتضيع نفقته أو دكانا فيحترق متاعه. وإن غصبت العين خير المستأجر بين الفسخ ومطالبة الغاصب بأجرة المثل[4] فإن فسخ فعليه أجرة ما مضى وقال

=

يركب من يماثله. المبدع (٤/٤٤١)، الإنصاف (٦/٥٨).

(١) قوله: «وإن اكترى دارًا إلخ» هذا المذهب؛ لأن المقصود بالعقد قد فات أشبه ما لو تلف، وقيل لا ينفسخ ويثبت للمستأجر خيار الفسخ وهو رواية واختاره القاضي.

(٢) قوله: «ولا تنفسخ بموت المكري إلخ» هذا المذهب مطلقًا قال ابن المنجا في شرحه فإن قيل كيف الجمع بين قول المصنف تنفسخ بموت الراكب وبين قوله بعد لا تنفسخ بموت المكري ولا المكترى قيل: يجب حمل قوله لا تنفسخ بموت المكترى على أنه مات وله وارث وهناك صرح بأنها تنفسخ إذا لم يكن له من يقوم مقامه. المبدع (٤/ ٤٤١-٤٤٢)، الإنصاف (٦/٥٨).

على قوله: «ولا المكترى» وهذا قول مالك والشافعي وإسحاق وأبي ثور وابن المنذر، وقال الثوري وأصحاب الرأي والليث: تنفسخ بموت أحدهما لأن استيفاء المنفعة يتعذر بالموت. الشرح الكبير (٣/٤٥٤).

(٣) قوله: «ولا بعذر إلخ» وبهذا قال مالك والشافعي وأبو ثور، وقال أبو حنيفة وأصحابه: يجوز للمكتري فسخها لعذر في نفسه مثل أن يكتري جملا ليحج عليه فيمرض فلا يتمكن من الخروج أو تضيع نفقته، أو يكتري دكانًا للبن فيحترق متاعه؛ لأن هذا العذر يتعذر معه استيفاء المنفعة المعقود عليها فملك به الفسخ كما لو استأجر عبدًا فأبق، ولنا أنه عقد لا يجوز فسخه لغير عذر فلم يجز لعذر في غير المعقود عليه كالبيع، ولأنه لو جاز فسخه لعذر المكترى لجاز لعذر المكري تسوية بين المتعاقدين ودفعًا للضرر عن كل واحد منهما ولم يجز ثم فلم يجز ههنا، ويفارق الإباق فإنه عذر في المعقود عليه. انظر الشرح الكبير (٣/٣٥٥).

(٤) قوله: «وإن غصبت العين إلخ» إذا غصبت العين فلا يخلو إما أن تكون إجارتها لعمل أو لمدة فإن كانت لعمل فلا يخلو إما أن تكون الإجارة على عين موصوفة في الذمة أو تكون على عين معينة فإن كانت على عين موصوفة في الذمة بأن آجره دابة صفتها كذا وغصبت لزمه بدلها؛ لأن العقد على ما في الذمة لا عليها فإن تعذر كان له الفسخ وله الصبر إلى القدرة عليها أو على بدلها. وتنفسخ بمضي المدة إن كانت على مدة، وكذا لو تلفت الموصوفة، أو تعبت، وإن كانت على عين معينة بأن آجره هذه الدابة ليركبها إلى كذا خير بين الفسخ والصبر إلى أن يقدر على العين المغصوبة
=

الخرقي: فإن جاء أمر غالب يحجز المستأجر عن منفعة ما وقع عليه العقد فعليه من الأجرة بقدر مدة انتفاعه، ومن استؤجر لعمل شيء فمرض أقيم مقامه من يعمله والأجرة عليه[1]. وإن وجد العين معيبة أو حدث بها عيب فله الفسخ وعليه أجرة ما مضى[2]. ويجوز بيع العين ....

«**يحجز**» بضم الجيم، أي: يمنع، ويحول بينه وبينه.

=

فيستوفى منها وإن كانت إلى مدة بأن قال آجرتك هذا العبد إلى شهر فغصب فهو مخير بين الفسخ والإمضاء وأخذ أجرة مثلها من غاصبها وهذا المذهب في ذلك. المبدع (٤/٤٤٢-٤٤٣)، الإنصاف (٦/٦٠).

(فائدة) لو حدث خوف عام يمنع من سكنى المكان الذي فيه العين المستأجرة أو حصر البلد فامتنع خروج المستأجر إلى الأرض المستأجرة ثبت له خيار الفسخ وإن كان الخوف خاصا بالمستأجر كقرب أعدائه من الموضع المأجور أو حلولهم في طريقه لم يملك الفسخ، وكذا الحكم لو حبس أو مرض. الإنصاف (٦/٦١).

(١) قوله: «ومن استؤجر لعمل شيء إلخ» مراده إذا استأجره لعمل في الذمة كخياطة وبناء ونحوهما، ومراده إذا لم يشرط عليه مباشرته، فإن شرط عليه مباشرته لم يقم غيره مقامه وكذا لو كانت الإجارة على عينه في مدة أو غيرها فمرض لم يقم غيره مقامه لأن الإجارة وقعت على عمله بعينه لا على شيء في ذمته، فعلى هذا يخير بين الفسخ والصبر حتى يتبين له الحال. انظر المبدع (٤/٤٤٣)، الإنصاف (٦/١٢٩).

(٢) قوله: «وإن وجد إلخ» العيب ما يظهر به تفاوت الآجر، ومراده إن لم يزل العيب بلا ضرر، فعلى هذا ليس له إلا الفسخ أو الإمضاء مجانا وهذا المذهب، وقيل يملك الإمساك مع الأرش، ولو لم يعلم بالعيب حتى فرغت المدة لزمه الأجرة كاملة على المذهب لأنه استوفى جميع المعقود عليه، وخرج المصنف لزوم الأرش قال في الإنصاف: وهو الصواب لاسيما إذا كان دلسه. المبدع (٤/٤٤٣-٤٤٤).

(فائدة) قال في الترغيب لو احتاجت الدار تجديدا فإن جدد المؤجر وإلا كان للمستأجر الفسخ ولو عمر فيها المستأجر بدون إذنه لم يرجع به نص عليه في علو الدار، ويحتمل الرجوع بناء على مثله في الرهن، قال في الإنصاف: بل أولى، وحكى في التخليص أن المؤجر يجبر على الترميم بإصلاح مكسر وإقامة مائل قال في الإنصاف: وهو الصواب، قال الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى للمستأجر مطالبة المؤجر بالعمارة التي يحتاج إليها المكان المأجور، فإن كان وقفا فالعمارة واجبة من جهتين: من جهة أهل الوقف ومن جهة حق المستأجر. الإنصاف (٦/٦٣).

المستأجرة[1] ولا تنفسخ الإجارة إلا أن يشتريها المستأجر فتفسخ على إحدى الروايتين.

فصل

ولا ضمان على الأجير الخاص – وهو الذي يسلم نفسه إلى المستأجر – فيما يتلف في يده إلا أن يتعدى، ويضمن الأجير المشترك ما جنت يده من تخريق

---

(١) قوله: «ويجوز بيع العين المستأجرة» هذا المذهب نص عليه سواء باعها لمستأجرها أو غيره لأنها عقد على المنافع فلم يمنع الصحة كبيع الأمة المزوجة، وإن امتنع التسليم في الحال فلا يمتنع في الوقت الذي يجب فيه التسليم وهو عند انقضاء الإجارة، وقيل لا يصح، قال الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى وظاهر كلامه في رواية الميموني أنه إذا باع العين المؤجرة ولم يبين أنها مستأجرة أن البيع لا يصح، ووجهه أنه باع ملكه وملك غيره فهي مسألة تفريق الصفقة، فعلى المذهب إذا لم يعلم المشتري بذلك ثم علم فله الفسخ أو الإمضاء مجانًا، ومثله لو كانت مرهونة. المبدع (٤/٤٤٤)، الإنصاف (٦/٦٣-٦٤).

(فائدة) لو باع الدار التي تستحق المعتدة للوفاة سكناها وهى حامل فقال المصنف لا يصح بيعها لأن المدة الباقية إلى حين وضع الحمل مجهولة فيعايا بها، وقال المجد: قياس المذهب الصحة، قال في الإنصاف وهو الصواب. انظر الإنصاف (٦/٦٤).

على قوله: «فتنفسخ في إحدى الروايتين» أي تنفسخ فيما بقي من المدة، فعلى هذا يسقط من المشتري الأجر فيما بقي وإن كان المؤجر قبض الثمن كله حسب عليه من الثمن، والثانية: وهى المذهب لا تنفسخ لأنه ملك المنفعة بعقد ثم ملك الرقبة بآخر فلم يتنافيا كملك الثمرة ثم الأصل فيجمع عليه الأجر والثمن. المبدع (٤/٤٤٥).

على قوله: «وهو الذي يسلم نفسه إلى المستأجر» مدة معلومة يستحق المستأجر نفعها في جميعها. المبدع (٤/٤٤٥).

على قوله: «وغلطه في تفصيله» الأجير المشترك هو الذي يقع العمل معه على عمل معين فيضمن ما جنت يده كالذي ذكره المصنف وزلق الجمال والسقوط عن دابته وكذا الطباخ والحائك وملاح السفينة ويضمن أيضًا ما تلف بفعله مطلقًا على الصحيح من المذهب نص عليه، وروي ذلك عن عمر وعلي وشريح والحسن لأن عمله مضمون عليه لكونه لا يستحق العوض إلا بالعمل، وبه قال أبو حنيفة ومالك وأحد قولي الشافعي، وقال في الآخر: لا يضمن ما لم يتعد قال الربيع هذا مذهبه قال في الإنصاف والنفس تميل إليه، وقيل إن كان عمله في بيت المستأجر أو يده عليه لم يضمن اختاره القاضي وأصحابه إذا لم يفرط ومذهب مالك والشافعي نحو هذا. المبدع (٤/٤٤٦)، الإنصاف (٦/٦٦)، الشرح الكبير (٣/٣٥٨).

الثوب وغلطه في تفصيله، ولا ضمان عليه فيما تلف من حرزه أو بغير فعله[1].

ولا أجرة له فيما عمل فيه[2]، وعنه يضمن، ولا ضمان على حجام ولا ختان ولا بزاغ ولا طبيب إذا عرف منهم حذق ولم تجن أيديهم[3]، ولا ضمان على

«**ولا ضمان على حجام، ولا ختان، ولا بزّاغ، ولا طبيب**»

الحجّام: فعّال من حجم يحجم فهو حاجم، والحجام للتكثير: صانع الحجامة، وهي معروفة، وهي في الحديث: «**أفطر الحاجم والمحجوم**»[4]. والختان: فعال من

---

(١) قوله: «ولا ضمن عليه فيما تلف من حرزه إلخ» أي: إذا لم يتعد، وهذا المذهب، وهو قول طاوس وعطاء وأبي حنيفة وزفر وقول للشافعي، لأن العين في يده أمانة أشبه المودع، وعنه إن كان التلف بأمر ظاهر كالحريق واللصوص الغالبين ونحوهم فلا ضمان، وإن كان بأمر خفي كالضياع ونحوه ضمن للتهمة، وعنه يضمن مطلقًا وبه قال مالك وابن أبي ليلى لقوله ﷺ «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» ولأن قبض العين لمنفعة نفسه من غير استحقاق فلزمه ضمانها كالمستعير. انظر الشرح الكبير (٣/٣٦١).

(٢) قوله: «ولا أجرة له إلخ» هذا المذهب مطلقًا لأنه لم يسلم عمله إلى المستأجر فلم يستحق عوضه كالمبيع من الطعام إذا تلف في يد بائعه قبل تسليمه وسواء كان في بيت المستأجر أو غيره بناء كان أو غيره قال في المحرر: إلا ما عمله في بيت ربه، وعنه له أجرة البناء لا غير، وقال ابن عقيل: له الأجرة مطلقًا قال في الإنصاف: وهو قوى. المبدع (٤/٤٤٦)، الإنصاف (٦/٦٩).

(٣) قوله: «ولا ضمان على حجام إلخ» أي سواء كان خاصًا أو مشتركا أي لأنه فعل فعلا مباحًا فلم يضمن سرايته كحد واقتضى ذلك أنه إذا لم يكن لهم حذق في الصنعة أنهم يضمنون لأنه لا يحل لهم مباشرة القطع فإذا قطع فقد فعل محرما فيضمن سرايته بدليل قوله عليه الصلاة والسلام: «من تطبب بغير علم فهو ضامن» رواه أبو داود فلو كان فيهم حذق الصنعة وجنت أيديهم بأن يجاوز الختان إلى بعض الحشفة أو يجاوز الطبيب بقطع السلعة موضعها أو بآلة يكثر ألمها وجب لأن الإتلاف يجب ضمانه بالعمد والخطأ كما لو قطعه ابتداء، وحكى ابن أبي موسى «إذا ماتت طفلة من الختان فديتها على عاقلة خاتنها» قضى به عمر بن الخطاب ﷺ، ويشترط لعدم الضمان أيضًا في ذلك وفي قطع سلعة ونحوه إذن المكلف أو الولي فإن لم يأذنا ضمن على الصحيح من المذهب، واختار في الهدى عدم الضمان قال لأنه محسن وقال هذا موضع نظر. المبدع (٤/٤٤٧)، الإنصاف (٦/٧٠).

على قوله: «ولا بزاغ» وهو البيطار. المبدع (٤/٤٤٧).

(٤) أخرجه البخاري معلقًا (٢/٦٨٥)، وابن الجارود في المنتقى (١/١٠٥)-ح (٣٨٦)، وابن حبان (٨/٣٠٢) ح (٣٥٣٣)، والحاكم في مستدركه (١/٥٩٠) ح (١٥٥٨)،

الراعي إذا لم يتعد[1]. وإذا حبس الصانع الثوب على أجرته فتلف ضمنه[2]، وإن أتلف الثوب بعد عمله، خير مالكه بين تضمينه إياه غير معمول ولا أجرة له وبين تضمينه إياه معمولا ويدفع إليه ....

ختن يختن ختنا، والاسم: الختان، والختانة، فهو خاتن، والختان للتكثير، وقد تقدم في باب الغسل مبسوطا.

والبزاغ: فعال من بزغ الحجام والبيطار الدم يبزغه بزغا: شرط. والبزاغ للتكثير، والمراد به: البيطار.

والطبيب: العالم بالطب، وجمع القلة: أطبة، والكثير أطباء. والمتطبب: الذي يتعاطى علم الطب، والطب بالفتح والضم لغتان في الطب بالكسر. وقال أبو السعادات: الطبيب في الأصل: الحاذق بالأمور والعارف بها، وبه سمي معالج المرضى.

=

والترمذي (٣/١٤٤) ح (٧٧٤)، والدارمي (٢/٢٥) ح (١٧٣١)، والبيهقي في الكبرى، (٤/٢٦٥) ج (٨٠٦٥)، والشافعي في مسنده (١/١٧٩)، وأبو داود (٢/٣٠٨) ح (٢٣٦٧) والنسائي في الكبرى (٢/٢٦) ح (٣١٣٣)، وابن ماجه (١/٥٣٧) ح (١٦٧٩)، والإمام أحمد في مسنده (٢/٣٦٤) ح (٨٧٥٣).

(١) قوله: «ولا ضمان على الراعي إلخ» بغير خلاف نعلمه إلا ما روي عن الشعبي، فإن تعدى ضمن مثل أن ينام أو يغفل عنها أو يتركها تتباعد عنه أو تغيب عن نظره وحفظه أو يسرف في ضربها في غير موضع الضرب أو من غير حاجة إليه أو يسلك بها موضعا يتعرض فيه للتلف وما أشبه ذلك. المبدع (٤/٤٤٧).
(فائدة) لو أحضر الجلد مدعيا للموت قبل قوله في أصح الروايتين لأنه مؤتمن. وعنه لا يقبل إلا ببينة تشهد بموتها. انظر الإنصاف (٦/٧١).

(٢) «وإذا حبس الصانع إلخ» هذا المذهب مطلقا وعليه أكثر الأصحاب لأنه لم يرهنه عنده ولا أذن في إمساكه، ويستثنى منه ما إذا أفلس مستأجره ثم جاءه بائعه يطلبه فللصانع حبسه. المبدع (٤/٤٤٨).
على قوله: «ضمنه» واختار شيخنا عدم الضمان.

أجرته[1]، وإذا ضرب المستأجر الدابة بقدر العادة أو كبحها أو الرائض الدابة لم يضمن ما تلف به[2] وكذلك المعلم إذا ضرب الصبي أو الزوج امرأته في النشوز. وإن قال أذنت لي في تفصيله قباء قال بل قميصا فالقول قول الخياط نص عليه.

«**كبحها**» يقال: كبحت الدابة، وكفحتها، وكمحتها، وأكفحتها وأكمحتها:

---

(١) قوله: «وإن أتلف الثوب إلخ» هذا بلا خلاف ويقدم قوله في صفة عمله أي قول رب الثوب لأنه غارم، وكذا عمله على غير صفة ما شرط عليه، وكذا ما تلف بيد أجير مشترك بعد عمله إذا تلف على وجه مضمون عليه خير المالك بين تضمينه معمولا ويدفع الأجرة وتضمينه غير معمول ولا أجرة، وكذا ضمان المتاع المحمول إذا تلف على وجه يضمنه الحامل. المبدع (٤/٤٤٨)، الإنصاف (٦/٧٢).
(فائدة) لو دفع القصار الثوب إلى غير مالكه خطأ ضمنه فإن لم يعلم المدفوع إليه حتى قطعه غرم أرش القطع وإن تلف عند المدفوع إليه ضمنه وهذا المذهب. الإنصاف (٦/٧٣).
(فائدة) العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر إن تلفت بغير تعد ولا تفريط لم يضمنها لأنه قبض العين لاستيفاء منفعة يستحقها فهو مؤتمن والقول قوله في عدم التعدي، فأما إن شرط المؤجر أن لا يسير بها في الليل أو وقت القائلة أو لا يتأخر بها عن القافلة، أو لا يجعل سيره في آخرها أو أشباه هذا مما فيه غرض مخالف ضمن. المبدع (٤/٤٤٩-٤٥٠).

(٢) «وإذا ضرب إلخ» هذا المذهب لأنه تلف من فعل مستحق، وظاهره أنه يجب الضمان إذا زاد على العادة. المبدع (٤/٤٤٩)، الإنصاف (٦/٧٣-٧٤).
على قوله: «أو كبحها» أي جذبها لتقف، وفي الشرح يحثها به على السير لتلحق القافلة. المبدع (٤/٤٤٩).
على قوله: «أو الرائض» وهو الذي يعلمها السير. المبدع (٤/٤٤٩).
(فائدتان) لو ادعى مرض العبد أو إباقه أو شرود الدابة أو موتها بعد فراغ المدة أو فيها أو تلف المحمول قبل قوله على المذهب. الإنصاف (٦/٧٥).
(الثانية) لو اختلفا في قدر الأجرة فكالاختلاف في قدر الثمن فيتحالفان وتقدم، وإن اختلفا في قدر مدة الإجازة كقوله آجرتك سنة بدينار وقال المستأجر بل سنتين بدينارين فقول المالك لأنه منكر للزائد، وإن قال المستأجر آجرتنيها سنة بدينار وقال المؤجر بل دينارين تحالفا ويبدأ بيمين الآجر فإن كان التحالف قبل مضي شيء من المدة فسخا وإن فسخاه بعد مضي المدة أو شيء منها سقط المسمى ووجب أجر المثل. الإنصاف (٦/٧٥).
على قوله: «فالقول قول الخياط نص عليه» وهذا المذهب لأنهما اتفقا على الإذن واختلفا في صفته فقبل قول المأذون له. المبدع (٤/٤٥٠).

فصل

وتجب الأجرة بنفس العقد إلا أن يتفقا على تأخيرها[1]، ولا يجب تسليم أجرة العمل في الذمة حتى يتسلمه[2]، وإذا انقضت الإجارة وفي الأرض غراس أو بناء لم يشترط قلعه عند انقضائها وخير المالك بين أخذه بالقيمة وبين تركه بالأجرة

إذا جذبتها لتقف. وقال أبو عثمان: كفحت الدابة، وأكفحتها: إذا تلقيت فاها باللجام تضربها به، وهو من قولهم: لقيته كفاحًا، ويقال: كبَحْتُها بالخاء المعجمة، ذكره الإمام أبو عبد الله بن مالك في كتاب «**وفاق الاستعمال**».

«**أو الرائض الدابة**» قال أهل اللغة: راض الدابة رياضًا ورياضة: علمها السير. فهو: رائض. والقباء، تقدم في محظورات الإحرام.

---

(١) قوله : «وتجب الأجرة إلخ» هذا المذهب إذا أطلق وكان العقد على عين كأرض ودار ونحوهما أو ذمة ؛ لأن المؤجر يملك الأجرة بنفس العقد كما يملك البائع الثمن بالبيع وحينئذ تكون حالة من نقد بلد العقد إن لم يشرطا غيره، وقال طائفة : لا يملكها ولا يستحقها إلا يوما بيوم إلا أن يشرط تعجيلها لقوله تعالى: ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ أمر بإيتائهن بعد الرضاع.
وقوله عليه الصلاة والسلام «ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يوفه أجره» ولأنه عوض لم يملك فلم يجب تسليمه فعلى المذهب له الوطء إذا كانت الأجرة أمة. المبدع (٤/٤٥١)، الإنصاف (٦/٧٦).

(فائدة) لو أجلها فمات المستأجر لم تحل الأجرة، وإن قلنا بحلول الدين بالموت ؛ لأن حلها مع تأخير استيفاء المنفعة ظلم ، قاله الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى وقال أيضاً: ليس لناظر وقف ونحوه تعجيلها كلها إلا لحاجة ولو شرطه لم يجز لأن الموقوف عليه يأخذ ما لا يستحقه الآن. الإنصاف (٦/٧٧).

(٢) قوله: «ولا يجب تسليم أجرة العمل إلخ» إذا استؤجر على عمل ملكت الأجرة بالعقد أيضاً لكن لا يستحق تسليمها إلا بفراغ العمل وتسليمه لمالكه على الصحيح من المذهب وعلى هذا وردت النصوص.
انظر المبدع (٤/٤٥٢).
(فائدة) إذا انقضت المدة رفع المستأجر يده عن المأجور ولم يلزمه الرد على المذهب مطلقا ولو تلف بعد تمكنه فرده لم يضمن. الإنصاف (٦/٧٨).

أو قلعه وضمان نقصه[1]، وإن شرط قلعه لزم ذلك ولم يجب تسوية الأرض إلا بشرط، وإن كان فيها زرع بقاؤه بتفريط المستأجر فللمالك أخذه بالقيمة[2] أو تركه بالأجرة[3]، وإن كان بغير تفريط لزمه تركه بالأجرة[4]، وإذا تسلم العين في الإجارة الفاسدة حتى انقضت المدة فعليه أجرة المثل سكن أو لم

---

(١) قوله : «وإذا انقضت الإجارة إلخ» هذا المذهب ، وقال في الفروع ولم يفرق الأصحاب بين كون المستأجر وقف ما بناه أو لا مع أنهم ذكروا استئجار دار بجعلها مسجدا فإن لم تترك فيتوجه أن لا يبطل الوقف مطلقا.

وقال الشيخ تقي الدين فيمن احتكر أرضا بنى فيها مسجدا أو بناء وقفه عليه متى فرغت المدة وانهدم البناء زال حكم الوقف وأخذوا أرضهم وما دام البناء قائما فيها فعليه أجرة المثل.

المبدع (٤/٤٥٢) ، الإنصاف (٦/٧٨).

على قوله: «خير المالك» أي رب الأرض. المبدع (٤/٤٥٢).

على قوله: «بين أخذه بالقيمة» فيملكه مع أرضه. المبدع (٤/٤٥٢).

(فائدتان) لو شرط في الإجارة بقاء الغراس فهو كإطلاقه على الصحيح من المذهب. الإنصاف (٦/٧٩).

(الثانية) لو غرس أو بنى مشتر ثم فسخ البيع بعيب كان لرب الأرض الأخذ بالقيمة والقلع وضمان النقص وتركه بالأجرة على الصحيح من المذهب. الإنصاف (٦/٨٠).

على قوله: «ولم يجب تسوية الأرض» على المستأجر.
المبدع (٤/٤٥٣).

على قوله: «وإن كان فيها زرع بقاؤه بتفريط المستأجر» مثل أن يزرع زرعا لم تجر العادة بكماله قبل انقضاء المدة.

المبدع (٤/٤٥٣).

(٢) قوله: «فللمالك أخذه إلخ» أي ما لم يختر المستأجر قلع زرعه في الحال أو تفريغ الأرض فله ذلك. المبدع (٤/٤٥٣).

(٣) قوله: « أو تركه إلخ » أي بأجرة المثل لما زاد على المدة؛ لأنه أبقى زرعه في أرض غيره بعدوانه . المبدع (٤/٤٥٣).

على قوله: «وإن كان بغير تفريط» مثل أن يزرع زرعا ينتهي في المدة عادة، ثم يتأخر لبرد أو غيره. المبدع (٤/٤٥٣).

(٤) قوله: «لزمه تركه بالأجرة» أي أجرة المثل لما زاد بلا نزاع. المبدع (٤/٤٥٤)، الإنصاف (٦/٨١).

على قوله: «لزمه تركه بالأجرة» لحصول زرعه في أرض غيره بإذنه من غير تفريط. المبدع (٤/٤٥٤).

يسكن[1]، وإذا اكترى بدراهم وأعطاه عنها دنانير ثم انفسخ العقد رجع المستأجر بالدراهم.

باب السبق

تجوز المسابقة على الدواب والأقدام وسائر الحيوانات والسفن والمزاريق وغيرها، ولا تجوز بعوض إلا في الخيل والإبل والسهام بشروط خمسة: **(أحدها)** تعيين المركوب والرماة سواء كانا اثنين أو جماعتين، ولا يشترط تعيين الراكبين ولا القوسين. **(الثاني)** أن يكون المركوب والقوسان من نوع واحد فلا يجوز بين عربي وهجين ولا بين قوس عربية وفارسية ويحتمل الجواز. **(الثالث)** تحديد

باب السبق

قال الأزهري: السبق: مصدر سَبَقَ يَسْبِقُ سَبْقًا، والسَّبَقُ محركة الباء: الشيء الذي يُسَابق عليه، حكى ثعلب عن ابن الأعرابي قال: السَّبَق، والخَطَر والنَّدَب، والفَرَع، والوَجَب، كله الذي يوضع في النصال، والرِّهَان، فمن سبق أخذه، الخمسة بوزن الفرس، وقال الأزهري أيضًا: النصال في الرمي، والرهان في الخيل، والسباق يكون في الخيل والرمي.

«**والمزاريق**» المزاريق: جمع مزراق بكسر الميم، قال الجوهري: المزراق: رمح قصير، وقد زرقه بالمزراق.

---

(١) قوله: «وإذا تسلم العين إلخ» هذا المذهب؛ لأن المنافع تلفت تحت يده بعوض لم يسلم له ويتخرج على قول أبي بكر أنه يضمن بالأجرة المسماة، واختاره الشيخ تقي الدين وذكر أنه قياس المذهب أخذًا له من النكاح. المبدع (٤/٤٥٤)، الإنصاف (٦/٨٢).

على قوله: «ولا تجوز بعوض إلا في الخيل والإبل والسهام» هذا المذهب وأبدل في الفروع السهام بسلاح لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لا سبق إلا في نصل أو خف أو حافر» رواه الخمسة ولم يذكر ابن ماجه أو نصل وإسناده حسن وقد صارع النبي ﷺ ركانة على شاة فصرعه فأخذها ثم عاد مراراً فصرعه فأسلم فرد النبي ﷺ غنمه، رواه أبو داود في مراسيله. المبدع (٤/٤٥٦).

على قوله: «تعيين المركوب» يعني برؤيته. المبدع (٤/٤٥٧).

المسافة والغاية ومدى الرمي[1] بما جرت به العادة[2]. (**الرابع**) كون العوض معلومًا[3]. (**الخامس**) الخروج عن شبه القمار بأن لا يخرج جميعهم فإن كان الجعل من الإمام أو أحد غيرهما أو من أحدهما على أن من سبق أخذه جاز، فإن جاءا معا فلا شيء لهما، فإن سبق المخرج أحرز سبقه ولم يأخذ من الآخر شيئًا، وإن سبق الآخر أحرز سبق صاحبه، فإن أخرجا معًا لم يجز[4] إلا أن يدخلا بينهما محللا يكافئ فرسه فرسيهما أو بعيره

((**بين عربي وهجين، ولا بين قوس عربي وفارسي**)) العربي: منسوب إلى العرب، والهجين تقدم في الجهاد. وأما القوس، فالأكثر تأنيثها، وتذكيرها لغة، قال الجوهري: القوس يذكر ويؤنث، والذي بخط المصنف رحمه الله عربي وفارسي، وقد أصلحه بعضهم في بعض النسخ: عربية وفارسية، ولا ينبغي أن يغير إذا كان لغة، والقوس العربي: هو قوس النبل، والفارسي: قوس النشاب، قاله الأزهري.

((**تحديد المسافة والغاية**)) المسافة في اللغة: البعد قاله الجوهري، وقال ابن عباد: بعد المفازة، وهى المساوف، ثم هو في الاصطلاح: عبارة عن المقدار زمانًا، أو مكانًا. وأما الغاية، فقال الجوهري: الغاية. مدى الشيء، والجمع: غاي، وقال ابن عباد: الغاية: مدى كل شيء وقصاراه، وحكى الزهري عن ثعلب عن ابن الأعرابي قال: الغاية: أقصى الشيء.

((**إلا أن يدخلا بينهما محللاً**)) الْمُحَلِّل: اسم فاعل من حَلَّلَ الشيءَ: جَعَلَهُ حَلاَلاً؛

---

(١) قوله: ((ومدى الرمي)) أي إما بالمشاهدة أو بالذراع؛ لأن الإصابة تختلف بالقرب والبعد. المبدع (٤/٤٥٨).

(٢) قوله: ((بما جرت به العادة)) أي لأن الزائد على ذلك قد يؤدي إلى عدم العلم بالسابق لبعد المسافة فلو استبقا بغير عادة لينظر أيهما يقف أولا لم يجز وكذا لو جعلا مسافة بعيدة في الرمي تتعذر الإصابة في مثلها غالباً وهو ما زاد على ثلثمائة ذراع وقيل: إنه ما رمى في أربعمائة ذراع إلا عقبة بن عامر الجهني ﷺ. المبدع (٤/٤٥٨).

(فائدة) لا يصح تناضلهما على السبق لأبعدهما رميًا على الصحيح من المذهب، زاد في الترغيب من غير تقدير وقيل يصح اختاره الشيخ تقي الدين –رحمه الله تعالى– قاله في الفائق قال في الإنصاف وهو المعمول به عند الرماة الآن في أماكن كثيرة.

(٣) قوله: ((الرابع إلخ)) أي بالمشاهدة أو بالقدر أو بالصفة؛ لأنه مال في عقد ويشترط فيه أن يكون مباحاً ويجوز حالا ومؤجلا وبعضه. المبدع (٤/٨٧).

(٤) قوله: ((فإن أخرجا معاً)) أي العوض لم يجز وكان قماراً.

لأنه حَلَّل الْجُعْلَ بدخوله بينهما، وفيه ثلاث لغات: مُحِلٌّ، ومُحَلِّلٌ، وحَالٌّ؛ لأن بعيريهما[1] أو رميه رميهما، فإن سبقهما أحرز سبقيهما وإن سبقاه أحرزا سبقيهما و لم يأخذا منه شيئًا، وإن سبق أحدهما أحرز السبقين، وإن سبق معه المحلل فسبق الآخر بينهما، وإن قال المخرج من سبق فله عشرة ومن صلى فله كذلك لم يصح إذا كانا اثنين[2]، وإن قال ومن صلى فله خمسة صح، وإن شرطا

في فعله ثلاث لغات: حَلَّلَ كَسَلَّمَ، وأَحَلَّ كأَعَدَّ، وحَلَّ كَمَرَّ، فاسم الفاعل من الثلاث على ما ذكر. حكى اللغات الثلاث أبو السعادات، وغيره.

«**يكافئ فرسه**» يكافئ مهموزًا، أي: يساوي، وقال الجوهري: كل شيء ساوى شيئًا فهو مكافئ له.

«**ومن صلى**» أي: من جاء ثانيا، والمصلي: هو الثاني من خيل الحلبة، وهي عشرة: المجلي، ثم المصلي، ثم المسلي، ثم التالي، ثم المرتاح، ثم الحظي، ثم العاطف، ثم المؤمل، ثم اللطيم، ثم السكيت. ويقال له: الفسكل، هكذا ذكرها المصنف رحمه الله في «الكافي» وقد نظمها شيخنا الإمام أبو عبد الله بن مالك في هذين

---

(١) قوله: «إلا إلخ» هذا المذهب وعليه الأصحاب سواء أخرجاه متساوياً أو متفاضلا و لم يجز أن يخرج المحلل شيئاً وهو قول سعيد بن المسيب والزهري والأوزاعي لما روى أبو هريرة –رضي الله عنه– أن النبي ﷺ قال «من أدخل فرساً بين فرسين وهو لا يأمن أن يسبق فليس قماراً ومن أدخل فرساً بين فرسين وقد أمن أن يسبق فهو قمار» رواه أبو داود فجعله قماراً إذاً أمن السبق؛ لأنه لا يخلو كل واحد منهما أن يغنم أو يغرم وقال الشيخ تقي الدين يجوز من غير محلل قال وعدم المحلل أولى وأقرب إلى العدل من كون السبق من أحدهما وأبلغ في تحصيل مقصود كل منهما وهو بيان عجز الآخر وأن الميسر والقمار منه لم يحرم بمجرد المخاطرة بل لأنه أكل للمال بالباطل أو للمخاطرة المتضمنة له. انتهى. انظر المبدع (٤/٤٦٠)، الإنصاف (٦/٨٧).

على قوله: «أحرز سبقيهما» اتفاقا؛ لأنه جعل لمن سبق. المبدع (٤/٤٦٠).

على قوله: «و لم يأخذا منه شيئاً»؛ لأنه لم يشترط عليه لمن سبق شيئاً. المبدع (٤/٤٦٠).

على قوله: «و لم يأخذا منه» أي من المحلل. المبدع (٤/٤٦٠).

على قوله: «وإن قال المخرج» أي من غير المتسابقين. المبدع (٤/٤٦٠).

(٢) قوله: «وإن قال من صلى إلخ» أي : لأن كلاً منهما يجتهد أن يكون سابقًا ليحرز أكثر العوضين، والمصلي هو الثاني؛ لأن رأسه عند صلو الآخر، والصلوان هما العظمان الناتجان من جانب الذنب، وفي الأثر عن علي رضي الله عنه قال : سبق أبو بكر وصلى عمر وخبطتنا فتنة . قال الشاعر :

إن تبتدر غاية يومًا لمكرمة   تلق السوابق فينا والمصلينا

أن السابق يطعم السبق أصحابه وغيرهم لم يصح الشرط[1]، وفي صحة المسابقة وجهان [2].

فصل

والمسابقة جعالة لكل واحد منهما فسخها، إلا أن يظهر لأحدهما الفضل فيكون له الفسخ دون صاحبه، وتنفسخ بموت أحد المتعاقدين، وقيل هي عقد لازم ليس لأحدهما فسخها لكنها تنفسخ بموت أحد المركوبين وأحد الراميين ولا تنفسخ بموت الراكبين ولا بتلف أحد القوسين، ويقوم وارث الميت مقامه فإن لم يكن له وارث أقام الحاكم مقامه من تركته. والسبق في الخيل بالرأس إذا تماثلت الأعناق، وفي مختلفي العنق والإبل بالكتف، ولا يجوز أن يجنب أحدهما مع فرسه فرسًا يحرضه على العدو، ولا يصيح به وقت سباقه لقول النبي ﷺ «**لا جلب ولا جنب**» [3].

البيتين:

خـير السـباق المجلي يقتفيه مصلي والمسـلي وتـال قـبل مـرتاح

وعاطـف وحظـي والمؤمل واللـ ـطـيم والفسـكل السكيت يا صاحِ

وقال الجوهري: السكيت مثل الكميت، وقد تشدد، وقال الأزهري: السكيت: هو الفسكل والفسكول والمفسكل. يقال: فسكل، أي: أخر، قال الجوهري: وهو القاشور.

«**تماثلت الأعناق**» الأعناق: جمع عنق بضم العين والنون، وقد تسكن النون وتذكر وتؤنث، كله عن الجوهري.

---

(١) قوله: «وإن شرطا أن السابق إلخ» هذا المذهب وكذا إطعامه بعضهم أو إن سبقتني فلك كذا؛ لأنه عوض على عمل فلا يستحقه غير العامل كالعوض في رد الآبق واختار الشيخ تقي الدين رحمه الله صحة شرطه لأستاذه. المبدع (٤/٤٦١).

(٢) قوله: « وفي صحة المسابقة إلخ» أحدهما: يصح وهو الصحيح من المذهب. المبدع (٤/ ٤٦١-٤٦٢).

(٣) قوله: «لقول النبي ﷺ إلخ» الحديث رواه أبو داود وغيره بإسناد حسن عن عمران بن حصين وكذا فسره الأصحاب تبعاً لمالك، وقال أبو عبيد: هو الصحيح، وقيل: معنى الجنب أن يجنب مع فرسه أو وراءه فرساً لا راكب عليه يحرضه على العدو ويحثه عليه والجلب بفتح اللام هو الزجر للفرس، والصياح عليه حثاً له على الجري. انظر المبدع (٤/٤٦٣).

فصل في المناضلة

ويشترط لها شروط أربعة: **(أحدها)** أن تكون على من يحسن الرمي فإن كان في أحد الحزبين من لا يحسن الرمي بطل العقد فيه وأخرج من الحزب الآخر مثله، ولهم الفسخ إن أحبوا. **(الثاني)** معرفة عدد الرشق وعدد الإصابة. **(الثالث)** معرفة الرمي هل هو مفاضلة أو مبادرة، فالمبادرة أن يقولا من سبق إلى خمس إصابات من عشرين رمية فقد سبق، فأيهما سبق إليها مع تساويهما في الرمي فهو السابق، ولا يلزم إتمام الرمي؛ والمفاضلة أن يقولا أينا فضل صاحبه بخمس إصابات من عشرين رمية فقد سبق، فأيهما فضل بذلك فهو السابق، وإذا أطلق الإصابة تناولها على أي صفة كانت، فإن قالا «خواصل» كان تأكيدا؛ لأنه اسم لها كيف كانت، وإن قالا «خواسق» وهو ما خرق الغرض وثبت فيه، أو «خوازق» وهو ما خزقه ولم يثبت فيه، أو «خواصر» وهو ما وقع في أحد جانبي الغرض تقيدت بذلك. وإن شرطا إصابة موضع من الغرض كالدائرة فيه تقيد به. و**(الرابع)** معرفة قدر الغرض وطوله وعرضه وسمكه وارتفاعه من الأرض. وإن تشاحا في المبتدئ بالرمي أقرع بينها، وقيل: يقدم من له مزية بإخراج السبق، وإذا بدأ أحدهما في وجه بدأ الآخر في الثاني. والسنة أن يكون لهما غرضان إذا بدأ أحدهما بغرض بدأ الآخر بالثاني.

«**أن يجنب**» قال ابن سيده: جنب الفرس والبعير يجنبه جنبا فهو مجنوب وجنيب.

«**لا جلب ولا جنب**» قال أبو السعادات: الجلب: يعني بفتح اللام في الزكاة، بأن يترك المصدق موضعا، ويجلب الأموال إليه، ليأخذ صدقتها، ويكون في السباق بالزجر للفرس، والصياح عليه، حثا له على الجري. والجنب: بالتحريك في السباق، أي: يجنب فرسا إلى فرسه، فإذا فتر المركوب، تحول إلى المجنوب، وفي الزكاة أن يترك العامل بأقصى مواضع الصدقة، ثم يأمر بالأموال أن تجنب إليه، وقيل: أن يجنب رب المال بماله، أي: يبعده ليحتاج العامل إلى الأبعاد في طلبه واتباعه، هذا معنى ما ذكره مفرقا.

«**في المناضلة**» وهي: مفاعلة من النضل: السبق. يقال: ناضله نضالا، ومناضلة، وقد تقدم في أول الباب.

....

«**عدد الرشق**» الرشق: بفتح الراء: الرمي نفسه، والرشق: بالكسر: الوجه من السهام ما بين العشرين إلى الثلاثين، يرمي بها رجل واحد، هذا معنى ما ذكره الأزهري، وقال أبو عبد الله السامري: وليس للرشق عدد معلوم عند الفقهاء، بل أي عدد اتفقا عليه، وعدد الإصابة أن يقال: الرشق عشرون، والإصابة خمسة، أو نحو ذلك.

«**هل هو مفاضلة**» وقد فسرها رحمه الله. وقال في «المغني» وتسمى: محاطة، ومفضالة، وقال أبو الخطاب: لابد من معرفة الرمي هل هو مبادرة، أو محاطة، أو مفاضلة، فجعل المحاطة غير المفاضلة.

«**فإن قالا خواصل الإصابة: سبعة أنواع**» ذكر المصنف رحمه الله تعالى هنا منها أربعة، أولها: الخواصل: بالخاء المعجمة والصاد المهملة. قال الأزهري: الخاصل: الذي أصاب القرطاس، وقد خصله: إذا أصابه. وخصلت مناضلي أخصله خصلا: إذا نضلته وسبقته، الثاني: الخواسق بالخاء المعجمة والسين المهملة، وقد فسره المصنف رحمه الله تعالى. قال الأزهري، والجوهري: الخازق: بالخاء والزاي المعجمتين، والمقرطس: بمعنى الخاسق، والثالث: الخوارق بالخاء المعجمة والراء، وقد فسره بأنه: ما خرق الغرض، ولم يثبت فيه، ورأيته مضبوطًا في نسخة المصنف رحمه الله بـــ «المقنع» «خوازق» بالزاي، ولا أراه يستقيم؛ لأنه قد تقدم النقل عن الأزهري والجوهري أن الخازق بالزاي: لغة في الخاسق، فهما شيء واحد، وقد فسر الخوارق بغير ما فسر به الخواسق، فتعين أن يكون بالراء، لئلا يلزم الاشتراك، أو المجاز، وكلاهما على خلاف الأصل، والأصل في الألفاظ التباين، ولعل ضبطه بالزاي من غير المصنف والله أعلم.

الرابع: الخواصر: بالخاء المعجمة والصاد والراء المهملتين، وقد فسرها المصنف رحمه الله. قال السامري: ومنه: الخاصرة؛ لأنها من جانبي الرجل، والخامس: الموارق، وهو: ما خرق الغرض ونفذ منه، ذكره المصنف رحمه الله تعالى في «المغني» و «الكافي»، وذكر الأزهري أنه يقال له: الصادر. السادس: الخوارم،

وإذا أطارت الريح الغرض فوقع السهم موضعه فإن كان شرطهم «خواصل» احتسب به، وإن كان «خواسق» لم يحتسب له به ولا عليه، وإن عرض عارض من كسر قوس أو قطع وتر أو ريح شديدة لم يحتسب عليه بالسهم، وإن عرض مطر أو ظلمة فأجازتا خير الرمي، ويكره للأمين والشهود مدح أحدهما لما فيه من كسر قلب صاحبه.

وهو: ما خرم جانب الغرض، ذكره في «المغني». السابع: الحوابي، وهو ما وقع بين يدي الغرض، ثم وثب إليه، ومنه يقال: حبى الصبي، هكذا ذكره في «المغني» وليست الخوارم والموارق من شرط صحة المفاضلة، هكذا ذكره السامري.

«**معرفة قدر الغرض وطوله**» الغرض: هو الشيء الذي ينصب ليرمى، قال الجوهري: الغرض: الهدف الذي يرمى فيه، وقال الأزهري: الهدف: ما رفع ونبا في الأرض، والغرض: ما نصب في الهواء. وقال السامري: الغرض: هو الذي ينصب في الهدف. والصواب حذف الواو من «**وطوله**»، كما ذكر في «الكافي» وقال صاحب «المحرر»: ولابد من معرفة الغرض صفة وقدرًا؛ لأن قدر الغرض هو: طوله، وعرضه، وسمكه.

«**من له مزية**» والمزية: الفضيلة. يقال: له عليه مزية، والجمع: مزايا، عن الجوهري.

كتاب العارية

وهى هبة منفعة تجوز في كل المنافع إلا منافع البضع[(1)]، ولا تجوز إعارة العبد المسلم لكافر[(2)]، وتكره إعارة الأمة الشابة لرجل غير محرمها واستعارة والديه للخدمة، وللمعير الرجوع متى شاء[(3)] ما لم يأذن في شغله بشيء يستضر المستعير

كتاب العارية

العارية: مشددة الياء على المشهور، وحكى الخطابي وغيره تخفيفها، وجمعها: عواري بالتشديد والتخفيف، قال ابن فارس: ويقال لها: العارة أيضًا.

قال الشاعر:

فأخلف وأتلف إنما المال عارة وكله مع الدهر الذي هو آكله

قال الأزهري: هي مأخوذة من عار الشيء يعير: إذا ذهب وجاء، ومنه قيل للغلام الخفيف: عيار، وهي منسوبة إلى العارة؛ بمعنى: الإعارة، وقال الجوهري: هي منسوبة إلى العار؛ لأن طلبها عار وعيب، وقيل: هي مشتقة من التعاور ، من قولهم: اعتوروا الشيء، وتعاوروه، وتعوروه: إذا تداولوه بينهم[(4)]. قال المصنف رحمه الله في «المغني»: عاره العين، وأعاره، وهي في الشرع: إباحة الانتفاع بعين من أعيان المال[(5)]، وقال السامري: هي إباحة منافع أعيان يصح الانتفاع بها مع بقاء عينها، وقيل: هي هبة منفعة العين.

---

(١) قوله: «إلا منافع البضع» أي لأن الوطء لا يجوز إلا في نكاح أو ملك يمين وكلاهما منتف فلم يجز إجماعاً. المبدع (٥/٤).

(٢) قوله: «ولا تجوز إلخ» يعني للخدمة هذا المذهب؛ لأنه لا يجوز له استخدامه. المبدع (٥/٤)

(فوائد) تجب إعارة المصحف لمن احتاج القراءة فيه. المبدع (٥/٤) الإنصاف (٦/٩٤).

(الثانية) يشترط كون العين منتفعاً بها مع بقاء عينها. الإنصاف (٦/٩٥) .

(الثالثة)اختار الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى وجوب العارية مع الغنى.

(٣) قوله: «وللمعير إلخ» أي لأن المنافع المستقبلة لم تحصل في يده فلم يملكها بالإعارة وسواء كانت مطلقة أو مؤقتة قبل الانتفاع أو بعده؛ وعنه إن عين مدة تعينت، وعنه ومع الإطلاق لا يرجع قبل انتفاعه ولزمه تركها مدة ينتفع بها في مثلها وأما المستعير فيجوز له الرد بغير خلاف نعلمه. المبدع (٥/٤)، الإنصاف (٦/٩٦).

(٤) انظر القاموس المحيط للفيروزآبادي (٤/٣٦١).

(٥) انظر المغني (٥/١٢٨). المبدع (٥/١٣٧).

برجوعه[1] مثل أن يعيره سفينة لحمل متاعه فليس له الرجوع ما دامت في لجة البحر، وإن أعاره أرضا للدفن لم يرجع حتى يبلى الميت، وإن أعاره حائطًا ليضع عليه أطراف خشبه لم يرجع ما دام عليه، فإن سقط عنه لهدم أو غيره لم يملك رده، وإن أعاره أرضا للزرع لم يرجع إلى الحصاد إلا أن يكون مما يحصد قصيلا فيحصده وإن أعارها للغراس والبناء وشرط عليه القلع في وقت أو عند رجوعه ثم رجع لزمه القلع ولا يلزمه تسوية الأرض إلا بشرط وإن لم يشرط عليه القلع لم يلزمه إلا أن يضمن له المعير النقص، فإن قلع فعليه تسوية الأرض وإن أبى القلع فللمعير أخذه بقيمته[2] فإن أبى ذلك بيعا لهما [3]فإن أبيا البيع ترك

«**إلا منافع البضع**» البضع: بضم الباء: فرج المرأة، والنكاح أيضًا. والبضع: بالكسر والفتح عن غير واحد: ما بين الثلاثة والعشرة، وقيل غير ذلك، وليس هذا موضعه.

«**في لجة البحر**» اللجة: بضم اللام من البحر: حيث لا يدرك قعره.

---

(١) قوله: «ما لم يأذن إلخ» هذا المذهب . الإنصاف (٦/٩٦).

على قوله: «فيحصده» بلا نزاع لعدم الضرر ولا أجرة عليه. المبدع (٥/٥).

على قوله: «لزمه القلع» مجازاً لقوله عليه الصلاة والسلام: «المسلمون على شروطهم» ولأن المستعير دخل فيها راضياً بالتزام الضرر، وليس على صاحب الأرض ضمان نقصه بغير خلاف نعلمه. المبدع (٥/٦).

(٢) على قوله: «إلا بشرط» هذا المذهب لرضاه بضرر القلع. المبدع (٥/٦).

على قوله: «إلا أن يضمن له المعير النقص» هذا المذهب؛ لأنه رجوع في العارية من غير إضرار. المبدع (٥/٦)، الإنصاف (٦/٩٩).

على قوله: «فإن قلع» أي المستعير، وليس مشروطاً عليه. المبدع (٥/٦).

قوله: «وإن أبى القلع إلخ» يعني إذا أبى المستعير القلع في الحال التي لا يجبر فيها فللمعير أخذه بقيمته نص عليه، ويجبر المستعير على ذلك؛ لأنه غرسه أو بناؤه حصل في ملك غيره، فإن قال المستعير أنا أدفع قيمة الأرض لتصير لي لم يلزم المعير؛ لأنهما تبع للأرض بدليل دخولهما في البيع. المبدع(٥/٦)، الإنصاف(٦/١٠٠).

(٣) قوله: «فإن أبى ذلك إلخ» يعني المعير من دفع القيمة وأرش النقص وامتنع المستعير من القلع ودفع الأجر بيعا لها؛ لأن ذلك طريق إلى تحصيل مالية كل واحد منهما ولابد وأن يكون البيع باتفاقهما ويدفع إلى كل واحد قدر حقه فيقال كم قيمة الأرض فارغة فيقال عشرة ومشغولة بخمسة عشرة فيكون للمعير ثلثا الثمن وللمستعير ثلثه فإن طلب أحدهما البيع أجبر الآخر عليه في الأصح ولكل منهما بيع ما له منفردا لمن شاء ويكون كهو على المذهب. وقيل لا يبيع المستعير لغير المعير. المبدع (٥/٦).

بحاله[1] وللمعير التصرف في أرضه على وجه لا يضر بالشجر وللمستعير الدخول للسقي، والإصلاح وأخذ الثمرة ولم يذكر أصحابنا عليه أجرة من حين الرجوع وذكروا عليه أجرة في الزرع وهذا مثله فيخرج فيهما وفي سائر المسائل وجهان[2]، وإن غرس أو بنى بعد الرجوع أو بعد الوقت فهو غاصب يأتي حكمه، وإن حمل السيل بذرًا إلى الأرض فنبت فيها فهو لصاحبه[3] يبقى إلى الحصاد بأجرة مثله، وقال القاضي لا أجرة له ويحتمل أن لصاحب الأرض أخذه بقيمته فإن حمل غرس رجل فنبت في أرض غيره فهل يكون كغرس الشفيع أو كغرس الغاصب؟ على

«**ولم يذكر أصحابنا عليه أجرة**» يجوز نصب أجرة على أنه مفعول «يذكر» أو على معنى لم يوجبوا عليه أجرة، ويجوز رفع أجرة؛ لأن «يذكروا» بمعنى «يقولوا» فتكون الجملة محكية.

«**وإن حمل غرس غيره**» الضمير في «حمل» للسيل.

«**فهل يكون كغرس الشفيع**» المراد بالشفيع: المشتري للشقص؛ لأن الغرس له حقيقة، وهو للشفيع مجاز؛ لأن له أن يأخذه بالقيمة.

---

(١) قوله: «فإن أبيا البيع إلخ» أي يترك فيها مجاناً في الأصح حتى يتفقا؛ لأن الحق لهما. وقال ابن حمدان يبعهما الحاكم. انظر المبدع (٥/٧).
(فائدة): غرس المشتري وبناؤه كذلك إذا فسخ البيع بعيب أو فلس.
على قوله: «وللمعير التصرف في أرضه»، والانتفاع بها كيف شاء.
على قوله: «على وجه لا يضر بالشجر» والبناء لإذنه فيهما ولا ينتفع بهما.
(٢) قوله: «ولم يذكر أصحابنا إلخ» يعني فيما تقدم من الغراس والبناء وذكروا عليه أجرة في الزرع وهذا مثله فيخرج فيهما وفي سائر المسائل وجهان ذكر الأصحاب أن عليه الأجرة في الزرع من حين الرجوع وهذا المذهب؛ لأن مقتضى رجوع المعير منع المستعير من الانتفاع ضرورة بطلان الإذن المبيح لذلك فوجب بقاؤه بأجرة مثله جمعا بين الحقين.
واختار المجد في المحرر أنه لا أجرة له صححه الناظم والحارثي وتصحيح المحرر وجزم به في الوجيز وأما الغراس والبناء والسفينة إذا رجع وهى في لجة البحر والأرض إذا أعارها للدفن ورجع قبل أن يبلى الميت والحائط إذا أعاره لوضع أطراف الخشب عليه ورجع ونحو ذلك فلم يذكر الأصحاب أن عليه أجرة من حين الرجوع وخرج المصنف في ذلك كله وجهين بعدم الأجرة وهذا ظاهر كلام الأصحاب ووجه بوجوبها قياساً على ما ذكروه في الزرع. المبدع (٥/٧).
(٣) قوله: «وإن حمل السيل إلخ» هذا المذهب؛ لأنه نماء ملكه ولا يجبر على قلعه فإن أحب قلعه فله ذلك وعليه تسوية الحفر وما نقصت. المبدع (٥/٨)، الإنصاف (٦/١٠٢) .

وجهين[1].

فصل

وحكم المستعير في استيفاء المنفعة حكم المستأجر[2] والعارية مضمونة بقيمتها يوم التلف[3] وإن شرط نفي ضمانها. وكل ما كان أمانة لا يصير مضمونًا

---

(١) قوله: «فإن حمل غرس رجل إلخ» أحدهما يكون كغرس الشفيع وهو المذهب؛ لأنه ساواه في عدم التعدى. المبدع (٥/٨)، الإنصاف (٦/١٠٢).

على قوله: «فنبت في أرض غيره» فهو لصاحبه؛ لأنه نماء ملكه كالزرع لكن هل يكون كغرس الشفيع إلخ. انظر المبدع (٥/٨).

(تنبيه) قوله: «فهل يكون كغرس الشفيع» فيه تساهل وإنما يقال فهل هو كغرس المشتري الشقص الذي يأخذه الشفيع. ولهذا قال الحارثي وهو سهو وقع في الكتاب. الإنصاف (٦/١٠٣).

(٢) قوله: «وحكم المستعير إلخ» هذا المذهب؛ لأنه ملك التصرف بإذن المالك أشبه المستأجر، فعلى هذا إن أعاره للغرس أو البناء فله أن يزرع ما شاء، وإن استعارها للزرع لم يغرس ولم يبن، وإن أذن له في زرع مرة لم يملك أخرى، وله استيفاء المنفعة بنفسه وبوكيله؛ لأنه نائب عنه إلا أن المستأجر يخالف المستعير في شيئين: أحدهما: لا يملك الإعارة ولا الإجارة على ما يأتي، ثانيهما: الإعارة لا يشترط لها تعيين نوع الانتفاع، فلو أعاره مطلقًا ملك الانتفاع بالمعروف في كل ما هو مهيأ له كالأرض مثلا، هذا الصحيح وفيه وجه أنها كالإجارة في هذا. المبدع (٥/٩)، الإنصاف (٦/١٠٤).

(فائدة) لو استعار دابة إلى موضع فجاوزه فقد تعدى وعليه أجر المثل للزائد خاصة فإن قال مالكها أعرتكها إلى فرسخ قال إلى فرسخين قدم قول مالكها وإن اختلفا في صفة العين حين التلف بأن قال المعير كان العبد كاتباً أو خياطاً ونحوه وأنكر المستعير أو اختلفا في قدر قيمة العين المعارة بعد تلفها فالقول قول المستعير مع يمينه؛ لأنه غارم ومنكر لما يدعيه المعير من الزيادة والأصل عدمها إلا أن يكون للمعير بينة.

(٣) قوله: «والعارية إلخ» هذا المذهب نص عليه بلا ريب وعليه جماهير الأصحاب قال الحارثي نص أحمد على ضمان العارية وإن لم يتعد فيها كثير متكرر من جماعات وقف على رواية اثنين وعشرين رجلا وذكرها. وروى عن ابن عباس وأبي هريرة — رضي الله عنهم- لما روى الحسن عن سمرة عن النبي ﷺ قال «وعلى اليد ما أخذت حتى تؤديه» رواه الخمسة وصحح الحاكم إسناده وعن صفوان أنه عليه الصلاة والسلام استعار منه يوم حنين أدراعاً فقال أغصباً يا محمد؟ قال: بل عارية مضمونة رواه أحمد وأبو داود ولأنه أخذ ملك غيره لنفع نفسه منفرداً. وذكر الحارثي خلافاً لا يضمن وذكره الشيخ تقي الدين رحمه الله عن بعض الأصحاب واختاره ابن القيم=

بشرطه[1] وما كان مضمونا لا ينتفي ضمانه بشرطه وعن أحمد رحمه الله تعالى أنه ذكر له ذلك فقال المسلمون على شروطهم فيدل على نفي الضمان بشرطه وإن تلفت أجزاؤها بالاستعمال كخمل المنشفة فعلى وجهين[2]. وليس للمستعير أن يعير[3] فإن فعل فتلفت عند الثاني فله تضمين أيهما شاء ويستقر

= في الهدى وعن أحمد أنه ذكر له ذلك فقال «المسلمون على شروطهم» فيدل على نفي الضمان بشرطه فهذه رواية يضمن إن لم يشرط نفيه وعنه يضمن إن شرطه وإلا فلا اختاره أبو حفص العكبري والشيخ تقي الدين وصاحب الفائق. المبدع (٥/٩-١٠)، الإنصاف (٦/١٠٤).

على قوله: «وإن شرط نفى ضمانها» وسواء تعدى المستعير أو لا وبه قال الشافعي وإسحاق وقال الحسن والنخعي والشعبي وعمر بن عبد العزيز والثورى وأبو حنيفة ومالك والأوزاعي وابن سيرين هي أمانة لا يجب ضمانها إلا بالتعدي لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «ليس على المستعير غير المغل ضمان» لكن في رواته ضعيفان قاله الدارقطني. الشرح الكبير ١٨١/٣.

على قوله: «وكل ما كان أمانة» كالوديعة. انظر المبدع (٥/١٠).

(١) قوله: «وكل ما كان أمانة إلخ» هذا المذهب؛ لأن العقد إذا اقتضى شيئاً فشرط عليه يكون شرطا ينافي مقتضى العقد فلم يصح كما لو شرط في المبيع أن لا يبيعه وعنه «المسلمون على شروطهم» كما تقدم. المبدع ١٠/٥، الإنصاف (٦/١٠٥).

(فائدة) يستثنى مما تقدم لو استعار وقفاً ككتب علم وغيرها وكأدراع موقوفة على الغزاة فتلفت بغير تفريط ولا تعد فلا ضمان وإن كان الاستعارة برهن رجع الرهن على ربه. ويستثنى منه أيضاً ما إذا تلفت في يد مستعير من مستأجرها. الإنصاف (٦/١٠٥).

على قوله: «فقال: المسلمون على شروطهم» واختاره أبو حفص العكبرى والشيخ تقي الدين. الإنصاف (٦/١٠٥).

(٢) قوله: «وإن تلفت أجزاؤها إلخ» أصحهما لا يضمن وهو المذهب؛ لأن الإذن في الاستعمال تضمن الإذن في الإتلاف وكذا لو تلفت كلها بالاستعمال بالمعروف وكذا لو تلف ولد العارية. المبدع ١٠/٥-١١، الإنصاف (٦/١٠٥). (فائدة) يقبل قول المستعير إنه ما تعدى بلا نزاع ولا يضمن رائض ووكيل؛ لأنه غير مستعير.

(٣) قوله: «وليس للمستعير إلخ» هذا المذهب ولا له أن يؤجر إلا بإذن ربه ولا يضمن له مستأجر من المستعير مع الإذن من المعير إذا تلفت العين عنده بلا تفريط وقيل له ذلك في الإعارة الموقتة. وإذا قلنا بصحتها فإنه لا يضمن على الصحيح من المذهب. المبدع ١١/٥، الإنصاف (٦/١٠٦). =

الضمان على الثاني[1]، وعلى المستعير مؤنة رد العارية[2] فإن رد الدابة إلى إصطبل المالك أو غلامه لم يبرأ من الضمان[3] إلا أن يردها إلى من جرت عادته بجريان ذلك على يده كالسائس ونحوه.[4]

فصل

إذا اختلفا فقال أجرتك قال بل أعرتني عقيب العقد فالقول قول الراكب، وإن

«**كخمل المنشفة**» الخمل، بسكون الميم: ما يعلو الثوب من الزئبر، شبيه بخمل الطنافس. والمنشفة بكسر الميم.

«**إلى إصطبل المالك**» إصطبل بكسر الهمزة: وهي همزة قطع أصلية، وسائر حروفها أصلية، وهو بيت الخيل ونحوها، قال أبو عمرو: ليس من كلام العرب.

= (فائدتان) لو قال إنسان لا أركب الدابة إلا بأجرة فقال ربها لا آخذ لها أجرة ولا عقد بينهما فركبها وتلفت فحكمها حكم العارية. الإنصاف (١٠٨/٦).

(الثانية) لو أركب دابته منقطعا لله تعالى فتلفت تحته لم يضمن على الصحيح من المذهب إذ المالك هو الطالب لركوبه تقربا. انظر الإنصاف (١٠٨/٦).

(١) قوله: «فإن فعل فتلفت إلخ» إذا أعار المستعير العين بغير إذن المعير فللمعير الرجوع بأجرة مثلها على من شاء منهما؛ لأن الأول سلط غيره على أخذ مال غيره بغير إذن والثاني استوفاه بغير إذنه فإن ضمن الأول رجع على الثاني؛ لأن الاستيفاء حصل منه وإن ضمن الثاني لم يرجع على الأول إلا أن لا يعلم بالحال فإذا تلفت عند الثاني فللمالك تضمين أيهما شاء لتعدي كل منهما ويستقر الضمان على الثاني إذا كان عالماً بالحال؛ لأن التلف حصل في يده وأن لا يكن عالما ضمن العين دون المنفعة ويستقر ضمان المنفعة على الأول وهذا المذهب. المبدع ١١/٥-١٢.

(٢) قوله: «وعلى المستعير إلخ» لما تقدم من قوله عليه الصلاة والسلام «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» وإذا كانت واجبة الرد وجب أن يكون مؤنة الرد على من يجب عليه الرد ومؤنة عينها على المعير قاله في شرح الهداية وذكر الحلواني أن نفقتها على المستعير وإليه ميل الشيخ تقي الدين رحمه الله. المبدع ١٢/٥، الإنصاف (١٠٨/٦).

(٣) قوله: «فإن رد الدابة إلخ» هذا المذهب وعليه الأصحاب؛ لأنه لم يردها إلى مالكها ولا نائبه فيها إلا أن صاحب الرعايتين اختار أنه يبرأ بردها إلى غلامه. المبدع ١٢/٥، الإنصاف (١٠٨/٦).

(٤) قوله: «إلا أن يردها إلخ» هذا المذهب؛ لأنه مأذون فيه عرفا وكذلك زوجة وخازن ووكيل عام في قبض حقوقه. انظر المبدع (١٢/٥)، الإنصاف (١٠٨/٦).

كان بعد مضى مدة لها أجرة فالقول قول المالك فيما مضى من المدة [1] دون ما بقى منها، وهل يستحق أجرة المثل أو المدعى إن زاد عليها؟ على وجهين [2].
وإن قال: أعرتك قال بل أجرتني والبهيمة تالفة فالقول قول المالك، وإن قال أعرتني أو أجرتني قال بل غصبتني فالقول قول المالك وقيل قول الغاصب [3].

((**كالسائس**)) السائس: اسم فاعل من ساس يسوس، فهو سائس: إذا أحسن النظر، وقال ابن القطاع: ساس الراكب الدابة: أحسن رياضتها وأدبها، ثم صار في العرف: عبارة عن خادم الدواب، وهو المراد هنا.
((أو **المدعى**)) بفتح العين: اسم مفعول. والله سبحانه وتعالى أعلم.

---

(١) قوله: ((وإن كان بعد مضى مدة لها أجرة فالقول قول المالك)) على الصحيح من المذهب؛ لأنهما اختلفا في كيفية انتقال المنافع إلى ملك القابض فقدم قول المالك فيه؛ لأن الأصل عدم العقد. وقيل القول قول الراكب اختاره ابن عقيل في تذكرته. المبدع(١٣/٥).
على قوله: ((دون ما بقى منها)) وقال أصحاب الرأي القول قول الراكب وهو منصوص الشافعي؛ لأنهما اتفقا على تلف المنافع على ملك الراكب وادعى المالك عوضا لها والأصل عدم وجوبه. الشرح الكبير ١٨٤/٣.
(٢) قوله: ((وهل يستحق إلخ)) أحدهما: له أجرة المثل وهو الصحيح من المذهب وكذا الحكم لو ادعى بعد زرع الأرض أنها عارية وقال رب الأرض: بل إجارة. ذكره الشيخ تقي الدين رحمه الله قال في الإنصاف: وكذا جميع ما يصلح للإجارة والإعارة إذا اختلفا بعد مضى مدة لها أجرة. المبدع ١٣/٥، الإنصاف (١٠/٦).
(٣) قوله: ((وإن قال آجرتك إلخ)) وكذا مثلها في الحكم لو قال أعرتني قال بل أودعتك فالقول قول المالك ويضمن ما انتفع منها وكذا لو اختلفا في ردها فالقول قول المالك. انظر المبدع (١٣/٥).
(تنبيه) قوله: ((وقيل قول الغاصب)) فيه تجوز قال الحارثي وليس بالحسن وكان الأجود أن يقول القابض أو الراكب إذ قبول القول ينافي كونه غاصبا. الإنصاف (١١٢/٦).

كتاب الغصب

وهو الاستيلاء على مال الغير قهرا بغير حق. وتضمن أم الولد [1] والعقار بالغصب [2]، وعنه ما يدل على أن العقار لا يضمن بالغصب، وإن غصب كلبًا فيه نفع أو خمر ذمي لزمه رده، وإن أتلفه لم تلزمه قيمته[3]، وإن غصب جلد ميتة فهل يلزمه رده؟ على وجهين. فإن دبغه وقلنا بطهارته لزمه رده. وإن استولى على حر لم يضمنه بذلك[4] إلا أن يكون صغيرا ففيه وجهان[5]، فإن قلنا لا يضمنه فهل يضمن ثيابه وحليه؟ على وجهين. وإن استعمل الحر كرها فعليه أجرته، وإن حبسه مدة فهل تلزمه أجرته؟ على وجهين[6].

كتاب الغصب

الغصب: مصدر غصبه يغصبه بكسر الصاد. ويقال: اغتصبه أيضًا، وغصبه منه، وغصبه عليه بمعنى، والشيء غصب ومغصوب، وهو في اللغة: أخذ الشيء ظلما،

---

(١) قوله: ((وتضمن أم الولد)) أي بالغصب وهو قول الشافعي وقال أبو حنيفة لا تضمن؛ لأنها لا تجرى مجرى المال بدليل أنه لا يتعلق بها حق الغير فأشبهت الحرة. ولنا أنها تضمن بالقيمة في الإتلاف فتضمن بالغصب كالقن ولأنها مملوكة بخلاف الحرة. المبدع (١٥/٥)، الشرح الكبير (١٨٦/٣).

(٢) قوله: ((والعقار إلخ)) وبه قال مالك والشافعي لما روى سعيد بن زيد ﷺ أن النبي ﷺ قال ((من اقتطع من الأرض شبرا ظلما طوقه يوم القيامة من سبع أرضين)) متفق عليه. الشرح الكبير (١٨٦/٣).

(٣) قوله: ((وإن أتلفه إلخ)) أي سواء كان المتلف مسلما أو ذميا نص عليه وكذلك الخنزير وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة ومالك يجب ضمان الخمر والخنزير إذا أتلفهما على ذمي، قال أبو حنيفة إن كان مسلماً بالقيمة وإن كان ذميا فالمثل. الشرح الكبير (١٨٧/٣).

على قوله: ((لم تلزمه قيمته)) واختار شيخنا ضمان خمر الذمي.

(٤) قوله: ((وإن استولى على حر إلخ)) هذا المذهب؛ لأنه ليس بمال فعلم أنه لا يثبت الغصب فيما ليس بمال وقيل بلى. المبدع (١٧/٥)، الإنصاف (١١٩/٦).

(٥) قوله: ((إلا أن يكون إلخ)) أحدهما لا يضمن وهو المذهب كالكبير. المبدع ١٧/٥، الإنصاف (١١٩/٦).

(٦) قوله: ((وإن حبسه مدة إلخ)) أحدهما وهو الصحيح يلزمه؛ لأنه فوت منفعته وهى مال فإن منعه العمل من غير حبس ولو عبدا لم يضمن منافعه وجها واحدا. المبدع (١٨/٥)، الإنصاف (١٢١/٦).

فصل

ويلزم رد المغصوب[1] إن قدر على رده وإن غرم عليه أضعاف قيمته[2]، وإن خلطه بما يتميز منه لزمه تخليصه ورده[3]، وإن بنى عليه لزمه رده إلا أن يكون

قاله الجوهري، وابن سيده، وغيرهما من أهل اللغة[4]، وقد حده المصنف رحمه الله بأنه الاستيلاء على مال الغير، فأدخل الألف واللام على «غير» والمعروف في كلام العرب وعلماء اللغة أنه لا يعرف بهما، ولن يدخل في حده غصب الكلب، ولا خمر الذمي، ولا المنافع، والحقوق، والاختصاص، فلو قال: وهو الاستيلاء على حق غيره، لصح لفظًا وعم معنى[5].

«**والعقار**» العقار، بفتح العين: الضيعة، والنخل، والأرض، وغير ذلك، قاله أبو السعادات، وقال الإمام أبو عبد الله بن مالك في «مثلثه»: العقار بالفتح: متاع البيت، وخيار كل شيء، والمال الثابت، كالأرض، والشجر، وهو المراد هنا.

«**كرها**» بفتح الكاف وضمها، وهو: مصدر كره الشيء: أبغضه، وهو نصب على الحال مبالغة، أو على حذف المضاف، أي: ذاكره.

---

(١) قوله: «ويلزم رد المغصوب» أي عن كان باقياً لما روى عبد الله بن السائب. عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال «لا يأخذ أحدكم متاع أخيه لاعبا ولا جادا ومن أخذ عصا أخيه فليردها» رواه أبو داود وقد أجمع العلماء على وجوب رده عن كان بحاله لم يتغير و لم يشتغل بغير. المبدع ٥/١٨.

(٢) قوله: «وإن غرم إلخ» أي لأنه هو المتعدي فلم ينظر إلى مصلحته فكان أولى بالغرامة وظاهره ولو بعدت المسافة فإن قال الغاصب خذ مني أجر رده وتسلمه ههنا مني أو بذل له أكثر من قيمته ولا يسترده لم يلزم المالك قبوله وإن قال المالك دعه لي في مكانه الذي نقلته إليه لم يملك الغاصب رده وإن قال رده إلى بعض الطريق لزمه وإن قال دعه في مكانه وأعطني أجرة رده أو طلب منه حمله إلى مكان آخر لم يلزم الغاصب ولو كان أقرب ومهما اتفقا عليه من ذلك جاز. المبدع (٥/١٩).

(٣) قوله: «وإن خلطه إلخ» أي كحنطة بشعير وتمر بزبيب وكذا إن أمكن تخليص بعضه؛ لأنه أمكنه رد مال غيره فلزمه وأجرة ذلك عليه كأجر رده. المبدع (٥/١٩).

(٤) انظر القاموس المحيط للفيروزآبادي (١/١١١).

(٥) وكذا عرفه الشيخ البهوتي. انظر الروض المربع (٢/٣٥٠).

قد بلي[1]، وإن سمر بالمسامير بابا لزمه قلعها وردها. وإن زرع الأرض فردها بعد أخذ الزرع فعليه أجرتها[2]، وإن أدركها ربها والزرع قائم خير بين تركه إلى الحصاد بأجرته وبين أخذه بعوضه[3]، وهل ذلك قيمته أو نفقته؟ على وجهين، ويحتمل أن يكون الزرع للغاصب وعليه الأجرة، وإن غرسها أو بنى فيها

((**قد بلي**)) بكسر اللام، يبلى بلى وبلاء بفتح الباء ممدودًا: أخلق.

((**سمر**)) مخففًا بوزن ضرب، أي: شد بهما بابًا.

---

(١) قوله: ((وإن بنى إلخ)) يعني إذا غصب شيئاً فشغله بملكه كحجر أو خشبة بنى عليها أو خيط خاط به ثوباً لزمه رده وإن انتقض البناء وتفصل الثوب؛ لأنه مغصوب أمكن رده وبهذا قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة لا يجب رد الخشبة والحجر؛ لأنه صار تابعاً لملكه يستضر بقلعه فلم يجب رده كما لو غصب خيطاً فحاط به جرح عبده. انظر الشرح الكبير (٣/١٨٩).

(٢) قوله: ((وإن زرع الأرض إلخ)) أي أجرة مثلها هذا المذهب؛ لأنه استوفى نفعها ويجب عليه عوضه وعليه ضمان النقص ولو لم يزرعها فنقصت لترك الزراعة كأرض البصرة ضمن ذلك ونقل حرب أن له تملكه أيضاً بناء على أن الزرع ينبت على ملك مالك الأرض ابتداء وقرر بعض أصحابنا موافقته للقياس. المبدع (٥/٢٠).

(٣) قوله: ((وإن أدركها ربها إلخ)) هذا الصحيح من المذهب نص عليه قال الحارثي تواتر النص عن أحمد رحمه الله أن الزرع للمالك وظاهره أنه لا يملك إجبار الغاصب على قلعه خلافاً لأكثرهم لقوله عليه الصلاة والسلام ((ليس لعرق ظالم حق)) رواه الترمذي ولأنه زرع في أرض غيره ظلماً أشبه الغرس، ولنا ما روى رافع بن خديج رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال ((من زرع في أرض قوم بغير إذنهم فليس له من الزرع شيء وله نفقته)) رواه أحمد والترمذي وحسنه. وفارق الشجر لطول مدته وحديثهم محمول عليه وهو من مفردات المذهب قال ناظمها:

بالاحترام احكم لزرع الغاصب | وليس كالباني أو كالناصب
إن شاء رب الأرض ترك الزرع | بأجرة المثل لوجه مرعي
أو ملكه إن شاء بالإنفاق | أو قيمة للزرع بالوفاق

(فائدة) يزكيه رب الأرض إن أخذه قبل وجوب الزكاة وإن أخذه بعد الوجوب ففي الزكاة عليه وجهان قال في الإنصاف قلت الصحيح أنه لا يزكيه بل تجب الزكاة على الغاصب؛ لأنه ملكه إلى حين أخذه على الصحيح. الإنصاف (٦/١٢٦).

على قوله: ((على وجهين)) وفي نسخة روايتان إحداهما يأخذه بنفقته، وهو ما أنفق من البذر ومؤنة الزرع من الحرث والسقي وغيرهما وهذا المذهب. الإنصاف (٦/١٢٤).

أخذ بقلع غرسه وبنائه وتسوية الأرض وأرش نقصها وأجرها[1]، وإن غصب لوحا فرقع به سفينة لم يقلع حتى ترسى، وإن غصب خيطا فخاط به جرح حيوان وخيف عليه من قلعه فعليه قيمته، إلا أن يكون الحيوان مأكولا للغاصب فهل يلزمه رده ويذبح الحيوان؟ على وجهين. وإن مات الحيوان لزمه رده إلا أن يكون آدميا.

«**حتى ترسي**» بضم التاء مع فتح السين وكسرها، وترسي بفتح التاء وكسر السين، وذلك أنه يقال: رست السفينة، وأرست، وأرساها غيرها. قال الله تعالى: ﴿ وَٱلْجِبَالَ أَرْسَىٰهَا ﴾ [النازعات: ٣٢].

---

(١) قوله: «وإن غرسها إلخ» أي إذا طالب مالك الأرض لزم الغاصب ذلك بغير خلاف نعلمه للأثر الحسن ذكره في الشرح، وفي رواية أبي داود والدارقطني من حديث عروة ابن الزبير قال: «ولقد أخبر الذي حدثني هذا الحديث أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ غرس أحدهما نخلا في أرض الآخر فقضى لصاحب الأرض بأرضه وأمر صاحب النخل أن يخرج نخلة منها فلقد رأيتها وإنها لتضرب رءوسها بالفؤوس وإنها لنخل عم» قال أحمد رحمه الله تعالى العم الطوال. وشمل كلام المصنف ما لو كان الغارس أو الباني أحد الشريكين وهو كذلك حتى ولو لم يغصبه لكن بنى أو غرس بغير إذن ونص عليه. المبدع ٥/٢١.

(فوائد) منها لو أثمر ما غرس الغاصب فقيل الثمر لمالك الأرض كالزرع إن أدركه أخذه ورد النفقة وإلا فهو للغاصب اختاره القاضي ونص عليه؛ وقال المصنف في المغني والشارح وغيرهم إن أدركه صاحب الأرض قبل الجذاذ فللغاصب وكذا قبله وعنه لمالك الأرض وعليه النفقة، ومنها لو جصص الدار أو زوقها فحكمها كالبناء. ومنها لو غصب أرضا فبناها دارا بتراب منها وآلات من المغصوب منه فعليه أجرتها مبنية، وإن كانت آلاتها من الغاصب فعليه أجرة الأرض دون بنائها فلو أجرهما فالأجرة لهما بقدر قيمتها،ومنها لو طلبا أخذ البناء أو الغراس بقيمته وأبى مالكه إلا القلع فله ذلك ولا يجبر على أخذ القيمة، ومنها إذا اتفقا على القيمة فالواجب قيمة الغراس مقلوعا، ومنها لو غصب أرضا وغراسا من شخص واحد فغرسه فيها فالكل لمالك الأرض، فإن طالبه رب الأرض بقلعه وله في قلعه غرض صحيح أجبر عليه وعليه تسوية الأرض ونقصها ونقص الغراس وإن لم يكن له في قلعه غرض صحيح لم يجبر على الصحيح من المذهب . ومنها الرطبة ونحوها هل هي كالزرع في الأحكام المتقدمة أو كالغرس؟ فيه احتمالان. الإنصاف (٦/١٢٧-١٢٩).

على قوله: «وأجرتها» أي أجرة مثل الأرض مدة احتباسها .

فصل

وإن زاد لزمه رده بزيادته سواء كانت متصلة كالسمن وتعلم صنعة أو منفصلة كالولد والكسب ولو غصب جارحا فصاد به أو شبكة أو شركا فأمسك شيئا أو فرسا فصاد عليه أو غنم فهو لمالكه [١]، وإن غصب ثوبا فقصره أو غزلا فنسجه أو فضة أو حديدا فضربه أو خشبا فنجره أو شاة فذبحها وشواها رد ذلك بزيادته وأرش نقصه ولا شيء له [٢]، وعنه يكون شريكا بالزيادة [٣]، وقال أبو بكر يملكه وعليه قيمته، وإن غصب أرضا فحفر فيها بئرا ووضع ترابها في أرض مالكها لم يملك طمها إذا أبرأه المالك من ضمان ما يتلف بها في أحد

«**كالسمن**» السمن، بكسر السين وفتح الميم: مصدر سمن يسمن، ضد هزل، ومصدره المقيس بفتح السين والميم معا، إلا أني لم أره منقولا.

«**فلو غصب جارحا**» الجارح: أحد الجوارح. قال الجوهري: الجوارح من السباع، والطير: ذوات الصيد.

«**أو شبكة أو شركا**» الشبكة: معروفة، وجمعها شباك، وأصلها من الشبك: الخلط. والشرك: بفتح الشين والراء: حبالة الصائد، والواحدة شركة، كله عن الجوهرى [٤].

---

(١) قوله: «ولو غصب جارحا إلخ» إن غصب جارحا فصاد به أو فرسا فصاد عليه فالصيد للمالك على الصحيح من المذهب؛ لأن ذلك كله بسبب ملكه، وكذا الشبكة والشرك، وقيل هو للغاصب وعليه الأجرة وهو احتمال في المغني، وقال الشيخ تقي الدين يتوجه فيما إذا غصب فرسا وكسب عليه مالا أن يجعل الكسب بين الغاصب ومالك الدابة على قدر نفعهما بأن تقوم منفعة الراكب ومنفعة الفرس ثم يقسم الصيد بينهما وتقدم ذلك في الشركة الفاسدة، فعلى المذهب لا يلزم الغاصب أجرة مدة اصطياده. المبدع (٥/٢٤)، الإنصاف (٦/١٣٥-١٣٦).

(٢) قوله: «وإن غصب ثوبا إلخ» وكذا إذا غصب حنطة فطحنها أو ثوبا فقطعه وخاطه؛ لأنه عين ماله ويأخذه وأرش نقصه إن نقص ولا شيء للغاصب في زيادته هذا المذهب وبه قال الشافعي. الشرح الكبير (٣/١٩٦) .

(٣) قوله: «وعنه إلخ»» اختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى، قاله في الفائق. الإنصاف (٦/١٣٧).

(٤) انظر لسان العرب (٤/٢٢٥٠) (شرك).

الوجهين[1]، وإن غصب حبا فزرعه أو بيضا فصار فراخا أو نوى فصار غرسا رده ولا شيء له[2]ويتخرج فيه مثل الذي قبله.

فصل

وإن نقص لزمه ضمان نقصه بقيمته رقيقا كان أو غيره[3]، وعنه أن الرقيق يضمن بما يضمن به في الإتلاف[4]، ويتخرج أن يضمنه بأكثر الأمرين

«**أو بيضا فصار فرخًا**» قال الجوهري: الفرخ: ولد الطائر، والأنثى فرخة، وجمع القلة: أفرخ، وأفراخ، والكثير: فراخ [5]، وكان الأصل هنا أن يقول: فصار فراخا؛ لأن البيض جمع، وخبر المجموع مجموع.

«**أو نوى فصار غرسًا**» هو كالذي قبله صورة، لكن غرسًا مصدر بمعنى المغروس، والمصدر إذا أخبر به لا يثنى ولا يجمع.

---

(١) قوله: «وإن غصب أرضا إلخ» إذا حفر بئراً أو شق نهرا ونحوه في أرض غصبها فطالبه المالك بطمها لزمه ذلك، إن كان لغرض وإن أراد الغاصب طمها ابتداء فلا يخلو إما أن يكون لغرض صحيح أو لا، فإن كان لغرض صحيح كإسقاط ضمان ما يقع فيها أو يكون قد نقل ترابها إلى ملكه أو ملك غيره أو إلى طريق يحتاج إلى تفريغه فله طمها من غير إذن ربها على الصحيح من المذهب، وبه قال الشافعي، وإن لم يكن له غرض صحيح في ذلك – وهي مسألة المصنف- مثل أن يكون قد وضع التراب في أرض مالكها أو في موات وأبرأه من ضمان ما يتلف بها فهل يملك طمها؟ فيه وجهان: أحدهما لا يملك طمها وهو الصحيح؛ لأنه إتلاف لا نفع فيه كما لو غصب نقرة فطبعها دراهم ثم أراد ردها نقرة، وبهذا قال أبو حنيفة والمزني وبعض الشافعية. انظر الشرح الكبير (٣/١٩٧-١٩٨).

(٢) قوله: «ولا شيء له» وكذا لو غصب غصنا فصار شجرة رده ولا شيء له وهذا المذهب؛ لأنه عين مال مالكه ولا شيء له؛ لأنه تبرع بفعله. المبدع ٥/٢٥.

(تنبيه) إذا صار الرطب تمراً أو السمسم شيرجا أو العنب عصيراً أخذ ربه مثل أيهما شاء. المبدع (٥/٢٥).

(٣) قوله: «وإن نقص لزمه إلخ» قال الأصحاب ولو بنبات لحية أمرد أو قطع ذنب حمار وهذا المذهب في ذلك كله؛ لأنه ضمان مال من غير جناية فكان الواجب ما نقص كالبهيمة إذ القصد بالضمان جبر حق المالك بإيجاب قدر ما فوت عليه. المبدع (٥/٢٦).

(٤) قوله: «وعنه أن الرقيق إلخ» فيجب في يده نصف قيمته وفي موضحته نصف عشر قيمته؛ لأنه ضمان لإبعاضه فكان مقدرا من قيمته كأرش الجناية وعلى هذا فقس. والمذهب يضمنه مطلقا بقيمته بالغة ما بلغت، ونقل حنبل لا يبلغ بها دية حر. المبدع (٥/٢٦).

(٥) انظر لسان العرب (٥/٣٣٧٢) – (فرخ).

منهما[١]، وإن غصبه وجنى عليه ضمنه بأكثر الأمرين[٢]، وإن جنى عليه غير الغاصب فله تضمين الغاصب بأكثر الأمرين ويرجع الغاصب على الجاني بأرش الجناية، وله تضمين الجاني أرش الجناية وتضمين الغاصب ما بقى من النقص، وإن غصب عبدا فخصاه لزمه رده ورد قيمته[٣]، وعنه في عين الدابة من الخيل والبغال والحمير ربع قيمتها[٤]والأول أصح[٥]، وإن نقصت العين لتغير الأسعار لم يضمن نص عليه[٦]، وإن نقصت القيمة لمرض ثم عادت ببرئه

---

(١) قوله: «ويتخرج إلخ» أي لأن سبب كل واحد منهما قد وجد فوجب أن يضمنه بأكثرهما كما لو غصبه وجنى عليه. المبدع (٥/٢٦).

(فائدة) إذا كان النقص في الرقيق ما لا مقدر فيه كنقص لكبر أو مرض فعليه ما نقص مع الرد بغير خلاف نعلمه، فإن نقص المغصوب بغير استعمال وانتفاع أو عاب وجب أرشه وفي أجرته وجهان، فإن نقص باستعماله فكذلك وقيل يجب الأكثر من أجرته وأرش نقصه، وإن غصب ثوبا فلبسه وأبلاه فنقص نصف قيمته ثم غلت الثياب فعادت قيمته رده وأرش نقصه. المبدع (٥/٢٦).

(٢) قوله: «وإن غصبه وجنى عليه إلخ» هذا على القول بأن ضمان الغصب غير ضمان الجناية وهو الصحيح؛ لأن سبب كل واحد منهما وجد فوجب أكثرهما ودخل الآخر فيه، وإن قلنا ضمان الغصب ضمان الجناية كان الواجب أرش الجناية كما لو جنى عليه من غير غصب. انظر المبدع (٥/٢٦-٢٧).

(فائدة) لو غصب عبدا قيمته ألف فزادت القيمة إلى ألفين ثم قطع يده فنقص ألفا فيجب ألف على كلا الروايتين وهذا بلا نزاع وإن نقص ألفا وخمسمائة فالواجب ألف وخمسمائة على الروايتين أيضاً. الإنصاف (٦/١٤٤).

(٣) قوله: «وإن غصب عبدا إلخ» أي وكذا لو قطع يديه أو رجليه أو لسانه أو ما تجب فيه دية كاملة من الحر فإنه يلزمه رده ورد قيمته نص عليه؛ لأن المتلف البعض ولا يقف ضمانه على زوال الملك كقطع خصيتي ذكر المدبر. المبدع (٥/٢٧).

(٤) قوله: «وعنه في عين الدابة إلخ» نصره القاضي وأصحابه لما روى زيد بن ثابت رضي الله عنه «أن النبي ﷺ قضى في عين الدابة بربع قيمتها» وعن عمر رضي الله عنه أنه كتب إلى شريح لما كتب يسأله عن عين الدابة أنا كنا ننزلها منزلة الآدمي إلا أنه أجمع رأينا أن قيمتها ربع الثمن. المبدع (٥/٢٧-٢٨).

(٥) قوله: «والأول أصح» أي أنه يضمن نقصه بالقيمة رقيقا كان أو غيره وحديث زيد لا تعرف صحته بدليل احتجاج أحمد رحمه الله تعالى بقول عمر دونه مع أن قول عمر رضي الله عنه محمول على أن ذلك كان قدر نقصها. المبدع (٥/٢٨).

(٦) قوله: «وإن نقصت العين إلخ» أي قيمة العين وهذا المذهب وهو قول جمهور =

لم يلزمه شيء[1]، وإن زاد من جهة أخرى مثل إن تعلم صنعة فعادت القيمة ضمن النقص، وإن زادت القيمة لسمن أو نحوه ثم نقصت ضمن الزيادة[2]، وإن عاد مثل الزيادة الأولى من جنسها لم يضمنها في أحد الوجهين، وإن كانت من غير جنس الأولى لم يسقط ضماها، وإن غصب عبدا مفرطا في السمن فهزل

«**فهزل**» هو بضم الهاء: أصابه هزال، أي: عجف، يقال: هزلت الدابة هزالاً وأهزلتها، ويقال: هزلت بفتح الهاء وكسر الزاي، حكاه ابن القطاع.

= العلماء؛ لأنه رد العين بحالها لم تنقص منها عين ولا صفة. وعنه يضمن اختاره ابن أبي موسى والشيخ تقي الدين قاله في الفائق وقاله أبو ثور كعبد خصاه فزادت قيمته وهذا كله ما لم يتصل التلف بالزيادة فإن اتصل بأن غصب ما قيمته مائة فارتفع السعر إلى مائتين ضمن المائتين وجها واحداً إذ الضمان معتبر بيوم التلف وإن كان مثليا فالواجب المثل بلا خلاف. المبدع (٥/٢٨).

(١) قوله: «وإن نقصت القيمة إلخ» هذا المذهب؛ لأن العيب الذي أوجب الضمان زال في يده. المبدع (٥/٢٨)، الإنصاف (٦/١٤٧).

(فائدة) لو استرده المالك معيباً مع الأرش ثم زال العيب في يد مالكه فقال المصنف والشارح وغيرهما لا يجب الأرش لاستقراره بأخذ العين ناقصة وكذا لو أخذ المغصوب بغير أرش ثم زال في يده لم يسقط الأرش لذلك. الإنصاف (٦/١٤٧).

على قوله: «أو نحوه» من تعلم صنعة كغصبه عبدا قيمته مائة فزادت قيمته بما ذكر حتى صارت مائتين. المبدع (٥/٢٨).

على قوله: «ثم نقصت» القيمة بنقصان بدنه أو نسيان ما تعلمه حتى صارت قيمته مائة. المبدع (٥/٢٨).

(٢)قوله: «ضمن الزيادة» أي مع رده هذا الصحيح من المذهب؛ لأنها زيادة في نفس المغصوب فلزم الغاصب ضمانها كما لو طالبه بردها فلم يفعل. وعنه لا يضمنها فإنه رد العين كما أخذها. المبدع (٥/٢٨).

(فائدة) إذا غصب دارا فنقضها و لم يبنها فعليه أجرتها إلى حين نقضها وأجرها مهدومة من حين نقضها إلى حين ردها، وإن بناها بآلة من عنده فالحكم كذلك وإن كان بآلتها أو آلة من ترابها أو ملك المغصوب منه فعليه أجرتها عرصة منذ نقضها إلى أن بناها وأجرتها دارا فيما قبل ذلك وبعده. المبدع (٥/٢٩).

على قوله: «في أحد الوجهين» وهو المذهب. الإنصاف (٦/١٢٨).

على قوله: «لم يسقط ضمانها» على الصحيح من المذهب ومن صور المسألة لو كان الذاهب علما أو صناعة فتعلم علماً آخر أو صناعة أخرى. المبدع (٥/٢٩)، الإنصاف (٦/١٤٩).

فزادت قيمته رده ولا شيء عليه، وإن نقص المغصوب نقصا غير مستقر كحنطة ابتلت وعفنت خير بين أخذ مثلها وبين تركها حتى يستقر فسادها ويأخذها وأرش نقصها[1]، وإن جنى المغصوب فعليه أرش جنايته، سواء أجنى على سيده أو غيره[2]، وجنايته على الغاصب وعلى ماله هدر[3]وتضمن زوائد الغصب كالولد والثمرة إذا تلفت أو نقصت كالأصل[4].

«**هدر**» بفتح الدال وسكونها، أي: باطلة.

---

(١) قوله: «وإن نقص المغصوب إلخ» هذا أحد الوجوه وهو المذهب؛ لأنه لا يجب له المثل ابتداء لوجود عين ماله ولا أرش العيب؛ لأنه لا يمكن معرفته وضبطه إذاً. المبدع (٥/ ٢٩)، الإنصاف (١٤٩/٦).

(٢) قوله: «وإن جنى المغصوب إلخ» هذا المذهب؛ لأن جنايته نقص فيه لتعلقها برقبته فكان مضمونا على الغاصب كسائر نقصه وسواء في ذلك ما يوجب القصاص أو المال وسواء جنى على سيده أو غيره؛ لأن جنايته على سيده من جملة جناياته. وكذا حكم ما أتلفه القن المغصوب من مال أجنبي أو سيده لما سبق. ولا يسقط ذلك برد الغاصب له؛ لأن السبب وجد في يده فلو بيع في الجناية رجع ربه على الغاصب بالقدر المأخوذ منه. المبدع (٣٠/٥)، الإنصاف (١٥٠/٦).
على قوله: «فعليه» أي الغاصب. المبدع (٣٠/٥).

(٣) قوله: «وجنايته إلخ» هذا المذهب؛ لأنها جناية لو كانت على أجنبي لوجب أرشها على الغاصب فلو وجب له شيء لوجب على نفسه إلا في القود فلو قتل المغصوب عبداً لأحدهما أي الغاصب أو غيره من أجنبي أو سيده عمدا، فلسيد المقتول قتله به ثم يرجع السيد على الغاصب بقيمته؛ لأنه حق تعلق بنفسه لا يمكن تضمينه لغيره، وفي المستوعب من استعان بعبد غيره بلا إذن سيده فحكم المستعين حكم الغاصب حال استخدامه فيضمن جنايته ونقصه وجزم به في المبدع وكذا في المنتهى في الديات. المبدع (٣٠/٥)، الإنصاف (١٥١/٦).

(٤) قوله: «وتضمن زوائد الغصب إلخ» هذا المذهب فإذا غصب حاملاً أو حائلا فحملت عنده فالولد مضمون عليه ثم إذا ولدت فلا يخلو إما أن تلده حيا أو ميتا فإن ولدت ميتا فلا شيء عليه؛ لأنه لا يعلم حياته هذا إن كان غصبها حاملا وإن كانت قد حملت به عنده فكذلك عند القاضي وابن عقيل وقدمه في المغني والشرح والفروع وعند أبي الحسين بن القاضي يضمنه بقيمته لو كان حيا وقال الموفق ومن تبعه والأولى أن يضمنه بعشر قيمة أمه وإن ولدته ميتا بجناية ضمنه الجاني بعشر قيمة أمه وكذا ولد بهيمة مغصوبة حكمه حكم أمه فيما سبق لكن إذا ولدته ميتا بجناية يضمن بما نقص أمه لا بعشر قيمتها. انظر المبدع (٣٠/٥)، الإنصاف (١٥١/٦).
على قوله: «في أحد الوجهين»، وهو المذهب.الإنصاف(١٥٢/٦).
على قوله: «أو بغير جنسه»، يعني على وجه لا يتميز منه. المبدع(٣١/٥).

فصل

وإن خلط المغصوب بماله على وجه لا يتميز منه مثل إن خلط حنطة أو زيتا بمثله لزمه مثله منه في أحد الوجهين، وفي الآخر يلزمه مثله من حيث شاء، وإن خلطه بدونه أو خير منه أو بغير جنسه لزمه مثله في قياس التي قبلها. وظاهر كلامه أنهما شريكان بقدر ملكيهما[1]، وإن غصب ثوبا فصبغه أو سويقا فلته بزيت فنقصت قيمتهما أو قيمة أحدهما ضمن النقص[2]، وإن لم تنقص أو زادت قيمتهما فهما شريكان بقدر ملكيهما[3]، وإن زادت قيمة أحدهما فالزيادة لصاحبه[4]. وإن أراد أحدهما قلع الصبغ لم يجبر الآخر عليه ويحتمل أن يجبر إذا ضمن الغاصب النقص[5]، وإن وهب الصبغ للمالك أو وهبه تزويق الدار ونحوها

---

(١) قوله: «وظاهر كلامه إلخ» هذا المذهب. المبدع (٥/٣١).

(فائدتان) إحداهما لو خلط الزيت بالشيرج ودهن اللوز بدهن الجوز ودقيق الحنطة بدقيق الشعير فالمنصوص الشركة وعليه أكثر الأصحاب كالتي قبلها وقد شمله كلام المصنف. وقياس المذهب وجوب المثل عند القاضي قال الحارثي وهو أظهر. الإنصاف (٦/ ١٥٥).

(الثانية) لو خلط درهما بدرهمين لآخر فتلف اثنان فما بقي بينهما أثلاثاً أو نصفين يتوجه فيه وجهان، قال في الإنصاف قلت الذي يظهر أن لصاحب الدرهمين نصف الباقي لا غير وذلك؛ لأنه يحتمل أن يكون التالف ماله كله فيختص الدرهم به، ويحتمل أن يكون التالف درهماً لهذا ودرهماً لهذا فيختص صاحب الدرهمين بالباقي فتساويا. الإنصاف (٦/١٥٥).

(٢) قوله: «ضمن النقص» أي لأنه حصل بتعديه، فإن كان النقص بسبب تغير الأسعار لم يضمنه على المذهب. المبدع (٥/٣٢).

(٣) قوله: «وإن لم تنقص إلخ» أي لأن عين الصبغ ملك الغاصب واجتماع الملكين يقتضي الاشتراك. المبدع (٥/٣٢).

(٤) قوله: «وإن زادت إلخ» أي لصاحب الملك الذي زادت قيمته؛ لأنها تبع الأصل فعلى هذا إن كانت لزيادة الثياب في السوق كانت الزيادة لمالك الثوب وإن كانت لزيادة الصبغ فهي لمالك الصبغ. انظر المبدع (٥/٣٢).

(٥) قوله: «وإن أراد أحدهما إلخ» أي يمنع طالب قلع الصبغ منهما؛ لأن المريد للقلع إما الغاصب لم يجبر المغصوب منه؛ لأن ماله ينقص بسبب أخذه أو المغصوب منه لم يجبر الغاصب عليه؛ لأن الصبغ يهلك بالإخراج وقد أمكن وصول الحق إلى صاحبه بدونه وهو البيع. وهذا المذهب. المبدع (٥/٣٢).

فهل يلزم المالك قبولها؟ على وجهين[1]. وإن غصب صبغا فصبغ به ثوبا أو زيتا فلت به سويقا احتمل أن يكون كذلك، واحتمل أن يلزمه قيمته أو مثله إن كان مثليا[2]، وإن غصب ثوبا وصبغا فصبغه به رده وأرش نقصه ولا شيء له في زيادته، ويتخرج فيه مثل الذي قبله.

فصل

وإن وطئ الجارية فعليه الحد والمهر وإن كانت مطاوعة وأرش البكارة[3] وعنه لا يلزمه مهر الثيب، وإن ولدت فالولد رقيق للسيد ويضمن نقص

«**صبغًا**» الصبغ، بكسر الصاد: ما يصبغ به، وبفتحها مصدر صبغ يصبُغ، ويصبَغ، ويصبِغ.

«**فلته بزيت**» أي: خلطه وعجنه.

---

(١) قوله: «وإن وهب الصبغ إلخ» المذهب أنه يلزمه قبول ذلك؛ لأن الصبغ صار من صفات العين فهو كزيادة الصفة في المسلم به وكنسيج الغزل لا هبة مسامير سمر بها الباب المغصوب فإن أراد مالك الثوب بيعه فله ذلك؛ لأنه ملكه: وإن أراد الغاصب بيعه لم يجب إليه لتعديه. المبدع (٥/٣٣).

(فائدة) لو طلب المالك تملك الصبغ بالقيمة فقال القاضي وابن عقيل ظاهر كلام أحمد لا يجبر الغاصب على القبول واختاراه، وذكر المصنف وجها بالإجبار. قال الحارثي: وهو الصحيح. الإنصاف (٦/١٥٨).

(٢) قوله: «وإن غصب صبغاً إلخ» أي يكونان شريكين بقدر ملكيهما كما لو غصب ثوباً فصبغه بصبغ من عنده. وهذا المذهب. المبدع (٥/٣٣)، الإنصاف (٦/١٥٨).

على قوله : «ويتخرج إلخ» وهذا التخريج ليس في النسخ.

(٣) قوله: «وإن وطئ الجارية إلخ» هذا المذهب فعلى هذا عليه حد الزنا؛ لأنها ليست زوجة ولا ملك يمين، وعليه مهر مثلها؛ لأنه يجب بالوطء في غير ما ذكرنا وإن كانت مطاوعة؛ لأن المهر حق للسيد فلم يسقط بمطاوعتها كما لو أذنت في قطع طرفها، وعنه لا مهر لمطاوعة؛ لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن مهر البغي وجوابه بأنه محمول على الحرة ويجب أرش البكارة؛ لأنه بدل جزء منها وقيل لا يجب لدخوله في مهر البكر ولهذا يزيد على مهر الثيب عادة، وعنه لا يلزمه مهر الثيب؛ لأنه لم ينقصها ولم يؤلمها اختاره أبو بكر والخرقي وابن عقيل والشيخ تقي الدين ولم يوجب عليه سوى أرش البكارة نقله عنه في الفائق. انظر المبدع (٥/٣٤)، الإنصاف (٦/١٥٩).

الولادة[1]، وإن باعها أو وهبها لعالم بالغصب فوطئها فللمالك تضمين أيهما شاء [2] نقصها ومهرها وأجرها وقيمة ولدها إن تلف، فإن ضمن الغاصب رجع على الآخر[3]، ولا يرجع الآخر عليه[4]، وإن لم يعلما بالغصب فضمنهما رجعا على الغاصب[5]، وإن ولدت من أحدهما فالولد حر[6] ويفديه بمثله في صفـــاته تقريبا[7]

«**فضمنهما**» الضمير للمشتري والمتهب.

---

(١) قوله: «وإن ولدت إلخ» أي بلا نزاع؛ لأنه من نمائها وأجزائها، لكن لو انفصل ميتاً فلا يخلو إما أن يكون مات بجناية أو لا، فإن كان بجناية فلا يخلو إما أن تكون من الغاصب أو غيره، فإن كانت من الغاصب فقال المصنف في المغني والشرح وغيرهما عليه عشر قيمة أمه، وإن كانت الجناية من غير الغاصب فعليه عشر قيمة أمه بلا نزاع يرجع به على من شاء منهما والقرار على الجاني، وإن كان مات من غير جناية فالصحيح من المذهب أنه لا يضمنه؛ لأنه لا يعلم حياته. المبدع ٥/٣٤، الإنصاف (٦/١٥٩).

(فائدتان) إحداهما هذا الحكم فيما تقدم إذا كان عالماً، فأما إن كان جاهلاً بالتحريم لم يحد وعليه المهر وأرش البكارة والولد فله يلحقه نسبه لمكان الشبهة، وهي إن كانت مطاوعة عالمة بالتحريم فعليها الحد إن كانت من أهله وإلا فلا. الإنصاف (٦/١٦١).

(الثانية) لو غصبها حاملا فولدت عنده ضمن نقص الولادة، فإن مات فقال الخرقي يضمنه بأكثر ما كانت قيمته، وإن ماتت الأم بالولادة وجب ضمانها، وكذا لو غصبه مريضاً فمات في يده. الإنصاف (٦/١٦١).

(٢) قوله: «تضمين أيهما شاء» أما الغاصب فلأنه السبب في إيصالها إلى الغير، وأما المشترى والمتهب؛ لأنه المتلف. المبدع (٥/٣٥).

(٣) قوله: «رجع على الآخر» أي لأن النقص حصل في يده والمنفعة حصلت له. المبدع (٥/٣٥).

(٤) قوله: «ولا يرجع إلخ» أي لأنه المتلف فاستقر الضمان عليه قال في الإنصاف: وهذا كله بلا نزاع أعلمه. انظر المبدع (٥/٣٥)، الإنصاف (٦/١٦١).

(٥) قوله: «رجعا على الغاصب» يعني إذا ضمن المشترى أو المتهب نقصها ومهرها وأجرها وقيمة ولدها وأرش البكارة إن كانت بكرا وهذا المذهب؛ لأنهما دخلا في العقد على أن يتلفا ذلك بغير عوض فوجب أن يرجعا عليه لكونه غرهما. المبدع(٥/ ٣٥). الإنصاف (٦/١٦١-١٦٢).

(٦) قوله: «فالولد حر» أي لاعتقاده أنه وطئ مملوكته، ويلحقه النسب لمكان الشبهة.

(٧) قوله: «ويفديه إلخ» أي يفديه المشترى؛ لأنه فوت رقه على السيد باعتقاده حل الوطء أشبه ولد المغرور ويفديه بمثله في صفاته تقريباً في ظاهر كلام أحمد رحمه الله تعالى وعامة الأصحاب؛ لأن الولد حر والحر لا يضمن بالقيمة وتضمينه المثل من المفردات. وعنه يضمنه بقيمته وهو المذهب على ما اصطلحناه. وحيث قلنا يفديه بالمثل أو القيمة فيكون ذلك يوم وضعه على الصحيح من المذهب. المبدع (٥/٣٥-٣٦).

ويحتمل أن يعتبر مثله في القيمة، وعنه يضمنه بقيمته ويرجع به على الغاصب[1] وإن تلفت فعليه قيمتها[2]، ولا يرجع بها إن كان مشتريا، ويرجع بها المتهب، وعنه أن ما حصلت له به منفعة كالأجرة والمهر وأرش البكارة لا يرجع به[3]، وإن ضمن الغاصب رجع على المشتري بما لا يرجع المشتري عليه [4]، وإن ولدت من زوج فمات الولد ضمنه بقيمته، وهل يرجع بها على الغاصب؟ على روايتين[5]. وإن أعارها فتلفت عند المستعير استقر ضمان قيمتها عليه وضمان

---

(١) قوله: «ويرجع إلخ» يعني فداء الأولاد. وهذا المذهب.

(٢) قوله: «وإن تلفت إلخ» إذا تلفت عند المشتري فعليه قيمتها للمغصوب منه ولا يرجع على الغاصب بالقيمة على الصحيح من المذهب، لكنه يرجع بالثمن على الغاصب على المذهب؛ لأن البيع باطل فلا يدخل الثمن في ملك الغاصب واختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى. وقال في الفتاوى المصرية: لو باع عقاراً ثم خرج مستحقاً فإن كان المشترى عالماً ضمن المنفعة سواء انتفع بها أو لم ينتفع وإن لم يعلم فقرار الضمان على البائع الظالم وإن انتزع المبيع من المشترى فأخذت منه الأجرة وهو معروف رجع بذلك على البائع الغار انتهى، وأما إذا تلفت العين عند المتهب فعليه قيمتها لربها ويرجع بما أغرمه على الغاصب على المذهب؛ لأنه دخل مع الغاصب على أن تسلم له العين. المبدع (٥/٣٦)، الإنصاف (٦/١٦٤).

(٣) قوله: «وعنه أن ما حصلت إلخ» هذه الرواية عائدة إلى قوله وإن لم يعلما الغصب فضمنهما رجعا على الغاصب، لكن هذه الرواية رجع عنها أحمد رحمه الله تعالى. المبدع (٥/٣٦).

(٤) قوله: «وإن ضمن الغاصب إلخ» اعلم أن للمالك تضمين من شاء منهما أعني الغاصب ومن انتقلت إليه منه، فإن ضمن غير الغاصب فقد تقدم حكم رجوعه على الغاصب وعدمه، وإن رجع على الغاصب فهو أربعة أضرب: أحدها قيمة العين فهذا إذا رجع المالك على الغاصب يرجع الغاصب به على المشتري. الثاني قيمة الولد فإذا رجع بها على الغاصب لم يرجع المشترى على الصحيح من المذهب. الثالث المهر وأرش البكارة والأجرة ونحوه فعلى القول برجوع المشترى والمتهب على الغاصب إذا ضمنهما المالك هناك لا يرجع الغاصب عليهما هنا إذا ضمنه المالك، وعلى القول إنهما لا يرجعان يرجع الغاصب عليهما هنا. الرابع نقص الولادة والمنفعة الفائتة فإن رجع المالك على الغاصب لم يرجع به الغاصب على المشترى قولاً واحداً. المبدع (٥/٣٧)، الإنصاف (٦/١٦٨).

(٥) قوله: «وهل يرجع بها إلخ» مثال ذلك أن يكون المشترى جاهلاً بغصبها فيزوجها لغير عالم بالغصب فتلد منه فهو مملوك فيضمنه من هو في يده بقيمته إذا تلف ويرجع به على الغاصب على الصحيح من الروايتين وهى المذهب.

الأجرة على الغاصب[1]، وإذا اشترى أرضا فغرسها أو بنى فيها فخرجت مستحقة وقلع غرسه وبناءه رجع المشتري على البائع بما غرمه[2] ذكره القاضي في القسمة، وإن أطعم المغصوب لعالم بالغصب استقر الضمان عليه[3] وإن لم يعلم وقال له الغاصب كله فإنه طعامي استقر الضمان على الغاصب[4]، وإن لم يقل ففي أيها يستقر الضمان عليه؟ وجهان[5].

((**مستحقة**)) بفتح الحاء اسم مفعول. تقول: استحق فلان العين فهي مستحقة: إذا ثبت أنها حقه.

---

(١) قوله: ((وإن أعارها إلخ)) إذا استعارها من الغاصب عالماً بغصبها فله تضمين الغاصب والمستعير، فإن ضمن الغاصب رجع على المستعير، وإن ضمن المستعير لم يرجع على الغاصب بقيمة العين ويرجع عليه بضمان المنفعة على الصحيح من المذهب وهو قول المصنف وضمان الأجرة على الغاصب. الإنصاف (٦/١٦٨).

(٢) قوله: ((وإن اشترى أرضاً إلخ)) هذا بلا نزاع على القول بجواز القلع وأفادنا المصنف رحمه الله تعالى أن للمالك قلع الغرس والبناء وهذا المذهب مطلقاً أعني من غير ضمان البعض ولا الأخذ بالقيمة وعليه جماهير الأصحاب. وعنه لرب الأرض قلعه إن ضمن نقصه ثم يرجع به على البائع قاله المحرر وغيره، وقال الحارثي وعن أحمد رحمه الله تعالى لا قلع بل يأخذ بقيمته وقدمه في القاعدة السابعة والسبعين في غرس المشترى من الغاصب وقال نقله حرب ويعقوب بن بختان وذكر النص وقال وكذلك نقل عنه محمد بن حرب الجرجاني قال وهذا الصحيح ولا يثبت عن أحمد رحمه الله تعالى سواه ونصره بأدلة. انظر المبدع (٥/٣٨)، الإنصاف (٦/١٧٤).

(فائدتان) لو بنى فيما يظنه ملكه جاز نقضه لتفريطه ويرجع على من غره. ذكره في الانتصار في الشفيع واقتصر عليه في الفروع. الإنصاف (٦/١٧٥).

(الثانية) لو أخذ منه ما اشتراه بحجة مطلقة رد بائعه منه ما قبضه منه على المذهب. وقيل إن سبق المالك الشراء وإلا فلا. الإنصاف (٦/١٧٥).

(٣) قوله: ((استقر الضمان عليه)) أي لأنه أتلف مال غيره بغير إذنه عالماً من غير تغرير وللمالك تضمين الغاصب؛ لأنه حال بينه وبين ماله والآكل لأن التلف حصل في يده فإن ضمن الغاصب رجع على الآكل وإن ضمن الآكل فهدر. المبدع (٥/٣٩).

(٤) قوله: ((وإن لم يعلم إلخ)) أي لأنه غره ولاعترافه بأن الضمان باق عليه وهذا الصحيح. وعنه على آكله كآكله بلا إذنه. المبدع (٥/٣٩).

(٥) قوله: ((وإن لم يقل إلخ)) أي لم يقل هو طعامي. وفي المغني روايتان إحداهما يستقر الضمان على الغاصب وهو المذهب؛ لأنه غر الآكل وأطعمه على أن لا يضمنه. والثاني يستقر على آكله؛ لأنه ضمن ما أتلف فلم يرجع به على أحد كآكله بلا إذن. المبدع (٥/٣٩).

وإن أطعمه لمالكه ولم يعلم لم يبرأ[1] نص عليه في رجل له عند رجل تبعة فأوصلها إليه على أنها صلة أو هدية ولم يعلم كيف هذا يعني أنه لا يبرأ، وإن رهنه عند مالكه أو أودعه إياه أو أجره واستأجره على قصارته وخياطته لم يبرأ إلا أن يعلم[2]، وإن أعاره إياه برئ علم أو لم يعلم[3]، ومن اشترى عبدًا فأعتقه فادعى رجل أن البائع

«**وإن أطعمه لمالكه**» كذا بخط المصنف رحمه الله، والأصل أن يقال: أطعمه مالكه، ووجهه أن تكون اللام زائدة كزيادتها في قوله تعالى: ﴿ عَسَىٰٓ أَن يَكُونَ رَدِفَ لَكُم ﴾ [النمل: ٧٢] أي: ردفكم.

«**وإن رهنه عند مالكه**» الأصل: أن يقال: رهنه مالكه، ووجهه أنه ضمن «رهن» معنى «جعل» فكأنه قال: جعله عنده رهنًا.

---

(١) قوله: «وإن أطعمه لمالكه إلخ» اعلم أنه إذا أطعمه لمالكه فأكله عالماً أنه طعامه برئ غاصبه؛ لأنه أتلف ماله برضاه عالماً وكذا لو أكله بلا إذنه. وإن لم يعلم وقال له الغاصب كله فإنه طعامي لم يبرأ الغاصب أيضاً. وإن لم يقل ذلك بل قدمه إليه وقال كله فجزم المصنف هنا أنه لا يبرأ وهو المذهب وهو من مفرداته. قال المصنف وتبعه الشارح، ويتخرج أن يبرأ بناء على ما إذا أطعمه لأجنبي فإنه يستقر الضمان على الآكل في أحد الوجهين، ولو أطعمه لدابة المغصوب منه أو عبده لم يبرأ على الصحيح من المذهب. ولو أطعمه لدابته مع علمه برئ من الغصب وإلا فلا نص عليه. انظر المبدع (٣٩/٥)، الإنصاف (١٧٦/٦).

(فائدة) قال المصنف والشارح لو وهب المغصوب لمالكه أو أهداه إليه برئ على الصحيح؛ لأنه سلمه إليه تسليماً تاماً. وكذا إن باعه أيضاً وسلمه إليه أو أقرضه إياه وهو رواية. وقال في القاعدة السادسة والستين: والمشهور أنه لا يبرأ نص عليه معللا بأنه تحمل منته. الإنصاف (١٧٧/٦).

(٢) قوله: «وإن رهنه عند مالكه إلخ» أي لم يبرأ من الضمان؛ لأنه لم يعد إليه سلطانه إنما قبضه على أنه أمانة إلا أن يعلم؛ لأنه تمكن من التصرف فيه على حسب اختياره وهذا المذهب، وقال جماعة من أصحابنا يبرأ مطلقا لعوده إلى ملكه. المبدع (٤٠/٥)، الإنصاف (١٧٧/٦-١٧٨).

(٣) قوله: «وإن أعاره إلخ» أي لأنه دخل على أنه مضمون عليه ولا يتأتى وجوب الضمان على الغاصب لعدم الفائدة في الرجوع. وقيل إذا لم يعلم لم يبرأ جزم به في التلخيص. قال الحارثي: ومقتضى النص الضمان وبه قال ابن عقيل وقدمه في الرعايتين والحاوي الصغير والفائق وقال: اختاره الشيخ يعني به المصنف والظاهر أنه أراد ما قدمه في الكافي ولم يعاود المغني والمقنع. المبدع (٤٠/٥)، الإنصاف (١٧٩/٦).

(فائدة) لو باعه إياه أو أقرضه فقبضه جاهلا لم يبرأ على المنصوص قاله الحارثي واختار المصنف أنه يبرأ. المبدع (١٧٩/٥).

غصبه منه فصدقه أحدهما لم يقبل على الآخر[1]، وإن صدقاه مع العبد لم يبطل العتق ويستقر الضمان على المشتري[2]، ويحتمل أن يبطل العتق إذا صدقوه كلهم.

فصل

وإن تلف المغصوب ضمنه بمثله إن كان مكيلا أو موزوناً[3]، وإن أعوز المثل فعليه قيمة مثله يوم إعوازه[4] ، وقال القاضي يضمنه بقيمته يوم القبض، وعنه

«وإن أعوز المثل» بالرفع أي: تعذر يقال: أعوزني كذا: إذا تعذر عليَّ.

---

(١) قوله: «لم يقبل على الآخر» أي بلا نزاع؛ لأنه لا يقبل إقراره على غيره لكن إن أقام المدعي بينة بما ادعاه بطل البيع والعتق ويرجع المشترى على البائع بالثمن. المبدع (٥/ ٤٠).

(٢) قوله: «وإن صدقاه إلخ» هذا المذهب؛ لأنه حق لله تعالى بدليل أنه لو شهد به شاهدان وأنكره العبد لم يقبل منه وللمالك تضمين من شاء منهما قيمته يوم العتق، فإن ضمن البائع رجع على المشتري وإن ضمن المشترى لم يرجع على البائع إلا بالثمن. وإن مات العبد وخلف مالا فهو لوارثه فإن لم يكن فهو للمدعي لاتفاقهم على أنه له ولا ولاء عليه؛ لأن أحدا لا يدعيه وإن صدق المشترى البائع وحده رجع عليه بقيمته و لم يرجع المشتري بالثمن. انظر المبدع (٥/ ٤٠)، الإنصاف (٦/ ١٧٩).

(٣) قوله «وإن تلف المغصوب إلخ» هذا المذهب وكذا لو أتلفه لقوله تعالى: ﴿ فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ﴾ ولأنه لما تعذر رد العين لزمه رد ما يقوم مقامها فإن كان المتلف مثليًا كالمكيل والموزون وجب المثل قال ابن عبد البر: كل مطعوم من مأكول ومشروب فمجمع على أنه يجب على مهلكه مثله لا قيمته. وعنه يضمنه بقيمته. المبدع (٥/ ٤١) ، الإنصاف (٦/ ١٨٠).

[فائدة] محل هذا إذا كان باقيا على أصله فأما مباح الصناعة كمعمول الحديد والنحاس والرصاص والصوف والشعر المغزول ونحو ذلك فإنه يضمن بقيمته لأنه خرج عن أصله جزم به في المغني والشرح والفروع وغيرهم. الإنصاف (٦/ ١٨٠).

(٤) قوله «وإن أعوز إلخ» هذا المذهب وهو من مفرداته. وقال القاضي: تجب قيمته يوم قبض البدل. وقال أبو حنيفة ومالك وأكثر أصحاب الشافعي تجب قيمته يوم المحاكمة لأن القيمة لم تنتقل إلى ذمته إلا حين حكم الحاكم بها. ولنا أن القيمة وجبت في الذمة حين انقطاع المثل فاعتبرت القيمة حينئذ كتلف المتقوم ودليل وجوبها أنه يستحق طلبها فعلى هذا إن قدر على المثل قبل أخذ القيمة وجب رد المثل وإن كان بعد أخذها أجزأت ولا يلزمه ردها على الصحيح. المبدع (٥/ ٤١)، الإنصاف (٦/ ١٨١).

[فائدة] الصحيح من المذهب أن المثلى هو المكيل والموزون نص عليه. الإنصاف (٦/ ١٨٢).

على قوله «وقال القاضي يضمن بقيمته» وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى: «ويضمن المغصوب بمثله مكيلا أو موزونا أو غيرهما حيث أمكن وإلا فالقيمة وهذا المذهب عند ابن أبي موسى وقاله طائفة من العلماء، وإذا تغير السعر فقد تعذر المثل وينتقل إلى القيمة وقت الغصب وهو أرجح الأقوال. انتهى . المبدع (٥/ ٤١-٤٢).

تلزمه قيمته يوم تلفه، وإن لم يكن مثليا ضمنه بقيمته يوم تلفه في بلده من نقده[1]، ويتخرج أن يضمنه بقيمته يوم غصبه، فإن كان مصوغاً أو تبرًا تخالف قيمته وزنه قومه بغير جنسه فإن كان محلى بالنقدين معاً قومه بما شاء منهما وأعطاه بقيمته عرضا[2]، وإن تلف بعض المغصوب فنقصت قيمة باقيه كزوجي خف تلف أحدهما فعليه رد الباقي وقيمة التالف وأرش النقص[3] وقيل لا يلزمه أرش النقص، وإن غصب عبدا فأبق أو فرسا فشرد أو شيئاً تعذر رده مع بقائه ضمن قيمته[4] فإن قدر عليه بعد

«**يوم القبض**» على قول القاضي، أي: يوم قبض المغصوب منه القيمة من الغاصب.

«**أو تبراً**» التبر، بكسر التاء المثناة فوق: الذهب غير المضروب، قال الجوهري: وبعضهم يقوله للفضة.

---

(١) قوله «وإن لم يكن مثليا إلخ» هذا المذهب وهو من المفردات لقوله عليه الصلاة والسلام «من أعتق شركا له في عبد قوم عليه» متفق عليه فأمر بالتقويم في حصة الشريك لأنها متلفة بالعتق ولم يأمره بالمثل لأن هذه الأشياء لا تتساوى أجزاؤها فالقيمة فيها أعدل. وعنه يضمن المغصوب بمثله مطلقا وقاله ابن أبي موسى واختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى واحتج بقوله تعالى: ﴿ فَـَٔاتُواْ ٱلَّذِينَ ذَهَبَتْ أَزْوَٰجُهُم مِّثْلَ مَآ أَنفَقُواْ ﴾ ولخبر القصعة. المبدع (٥/٤٢).

[فائدة] حكم المقبوض بعقد فاسد وما جرى مجراه حكم المغصوب في اعتبار الضمان بيوم التلف وكذا المتلف بلا غصب بغير خلاف. الإنصاف (٦/١٨٤).

على قوله «في بلده» أي بلد غصبه. المبدع (٥/٤٢).

على قوله «يوم غصبه» هذا رواية عن أحمد. انظر المبدع (٥/٤٢).

(٢) قوله «فإن كان إلخ» هذا المذهب إذا كانت الصناعة فيه مباحة كحلى النساء لئلا يؤدي إلى الربا. وقال القاضي يجوز تقويمه بجنسه لأن الزيادة في مقابلة الصنعة فلا يؤدي إلى الربا واختاره في الفائق. المبدع (٥/٤٣)، الإنصاف (٦/١٨٧).

على قوله «وأعطاه بقيمته عرضا» لئلا يفضي إلى الربا. المبدع (٥/٤٣).

(٣) قوله «فعليه رد الباقي إلخ» هذا المذهب بلا ريب لأن النقص حصل بجنايته فلزمه ضمانه كما لو غصب ثوبا ينقصه الشق فشقه ثم تلف. المبدع (٥/٤٣)، الإنصاف (٦/١٨٨).

(٤) قوله «ضمن قيمته» أي للمالك للحيلولة لا أنه على سبيل العوض ويملكها .

رده[1] وأخذ القيمة[2] وإن غصب عصيراً فتخمر فعليه قيمته، فإن انقلب خلا رده وما نقص من قيمة العصير.

فصل

وإن كانت للمغصوب أجرة فعلى الغاصب أجرة مثله مدة مقامه في يده[3] وعنه التوقف في ذلك، وقال أبو بكر: هذا قول قديم رجع عنه، وإن تلف المغصوب فعليه أجرته إلى وقت تلفه، وإن غصب شيئاً فعجز عن رده فأدى قيمته فعليه أجرته إلى وقت أداء القيمة[4]، وفيما بعده وجهان.

---

(١) قوله «فإن قدر عليه بعدُ رده» أى ولا يملكه الغاصب بأداء القيمة بل يرده إذا قدر مع نمائه المنفصل وأجر مثله إلى حين دفع بدله. المبدع (٥/٤٤).

(٢) قوله «وأخذ القيمة» أى التي أخذها المالك بدلا عنه، لأنه أخذه بالحيلولة وقد زالت فيجب رد ما أخذ من القيمة إن كانت باقية بزيادتها المتصلة من سمن ونحوه لأنها تتبع في الفسوخ وهذا فسخ ولا يرد المنفصلة بلا نزاع لأنها نماء ملكه. وإن كانت القيمة تالفة فعليه مثلها إن كانت مثلية أو قيمتها إن كانت متقومة. وهل للغاصب حبس العين لاسترداد القيمة؟ فيه وجهان. وكذلك إذا اشترى شراء فاسدا هل يحبس المشتري المبيع على رد الثمن؟ قال في التلخيص والصحيح أنه لا يحبس بل يدفعان إلى عدل ليسلم إلى كل واحد ماله. انظر المبدع (٥/٤٤)، الإنصاف (٦/١٨٨).

(٣) قوله «وإن كان للمغصوب إلخ» يعني إذا كانت تصح إجارته هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب ونص عليه في قضايا كثيرة سواء استوفى المنافع أو تركها تذهب وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة لا تضمن المنافع وهو الذي نصره أصحاب مالك. وقد روى محمد بن الحكم عن أحمد رحمه الله تعالى فيمن غصب دارا فسكنها عشرين سنة: لا أجترئ أن أقول عليه أجر ما سكن، وهذا يدل على توقفه عن إيجاب الأجر. الشرح الكبير (٣/٢١٨).

[فائدتان]: لو كان العبد ذا صنائع لزمه أجرة أعلاها فقط. الإنصاف (٦/١٩١).

(الثانية) منافع المقبوض بعقد فاسد كمنافع المقبوض تضمن بالفوات والتفويت الإنصاف (٦/١٩١).

(٤) قوله «إلى وقت أداء القيمة» أى لأن منافعها إلى وقت أدائها مملوكة لصاحبه فلزمه ضمانها. المبدع (٥/٤٦).

فصل

وتصرفات الغاصب الحكمية كالحج وسائر العبادات والعقود كالبيع والنكاح ونحوها باطلة في إحدى الروايتين[1]، والأخرى صحيحة[2]،فإن اتجر بالدراهم فالربح لمالكها[3]، وإن اشترى في ذمته ثم نقدها فكذلك[4]. وعنه الربح للمشتري[5]

«**وتصرفات الغاصب الحكمية**» الحكمية: بالرفع صفة لـــ «تصرفات» الحكمية: ما كان لها حكم من الصحة والفساد. فالصحيح من العبادات: ما أجزأ، وأسقط القضاء والفاسد: ما ليس كذلك من العقود كلها، فما كان سبباً لحكم، إذا أفاد حكمه المقصود منه، فهو صحيح، وإلا فهو باطل. فالباطل: الذي لم يثمر، والصحيح الذي أثمر، والفاسد عندنا: مرادف للباطل، فهما اسمان لمسمى واحد.

---

(١) قوله «لا تصح في إحدى الروايتين» وهذا المذهب لأن ذلك التصرف تصرف الفضولي. المبدع (٥/٤٦).

(٢) قوله «والأخرى إلخ» أى مطلقا ذكره أبو الخطاب لأن الغاصب تطول مدته غالبا وتكثر تصرفاته ففى إبطالها ضرر كبير وربما عاد بعض الضرر على المالك فإن الحكم بصحتها يكون الربح للمالك والعوض بزيادته ونمائه له والحكم ببطلانها يمنع ذلك قال في الشرح وينبغي أن يتقيد في العقود بما لم يبطله المالك فإن اختار إبطاله بأخذ المعقود عليه فلا نعلم فيه خلافا. انظر المبدع (٥/٤٦-٤٧)، الإنصاف (٦/١٩٢-١٩٣).

(٣) قوله «وإن اتجر بالدراهم إلخ» أى بأن غصبها واتجر بها أو عروضا فباعها واتجر بثمنها وهذا المذهب وهو من مفرداته وهذا حيث تعذر رد المغصوب إلى المالك ورد الثمن إلى المشترى. المبدع (٥/٤٧).

(٤) قوله «وإن اشترى في ذمته فكذلك» أى فالربح للمالك وهو الصحيح من المذهب وهو من المفردات لأنه نماء ملكه. المبدع (٥/٤٧).

(٥) قوله «وعنه إلخ» أى لأنه اشترى لنفسه في ذمته فكان الشراء له والربح له وعليه بدل المغصوب وهذا قياس قول الخرقي فعليها له الوطء نقله المروذي. المبدع (٥/٤٧).

[فوائد] الأولى لو اتجر بالوديعة فالربح للمالك على الصحيح من المذهب نص عليه في رواية الجماعة . الإنصاف (٦/١٩٧).

(الثانية) لو دفع المال مضاربة أو الوديعة فالربح على ما تقدم ولا شيء للعامل على المالك وإن علم فلا شيء له على الغاصب وإلا فله عليه أجر المثل. الإنصاف(٦/١٩٨).

(الثالثة) إجارة الغاصب للمغصوب وهو كالبيع على ما تقدم. الإنصاف (٦/١٩٨).

(الرابعة) لو أنكح الأمة المغصوبة ففى البطلان والصحة ما قاله المصنف، فإن وهبه فالصحيح البطلان. الإنصاف (٦/١٩٨).

(الخامسة) تذكية الغاصب للحيوان المأكول وفي إفادتها لحل الأكل روايتان إحداهما هو ميتة والثانية يحل وهى المذهب. الإنصاف (٦/١٩٨).

وإن اختلفا في قيمة المغصوب أو قدره أو صناعة فيه فالقول قول الغاصب[1]، وإن اختلفا في رده أو عيب فالقول قول المالك[2]، وإن بقيت في يده غصوب لا يعرف أربابها تصدق بها عنهم بشرط الضمان كاللقطة[3].

فصل

ومن أتلف مالا محترما لغيره ضمنه[4] وإن فتح قفصا عن طائره أو حل قيد عبده

«**مالا محترما لغيره**» قيده بالمال، احترازا من غيره، كالكلب والسرجين النجس.

---

(١) قوله «وإن اختلفا إلخ» وهو المذهب قال في الإنصاف: لا أعلم فيه خلافا لأن الأصل براءة الذمة ما لم يقم عليه حجة. الإنصاف (٦/١٩٩).

(٢) قوله «وإن اختلفا في رده إلخ» قال في الإنصاف بلا نزاع أعلمه لأن الأصل عدم الرد والعيب لكن لو شاهدت البينة العبد معيبا عند الغاصب فقال المالك حدث عند الغاصب وقال الغاصب بل كان فيه قبل غصبه فالقول قول الغاصب على الصحيح من المذهب وكذا لو اختلفا في زيادة قيمة المغصوب أى في وقت الزيادة قدم قول الغاصب لأن الأصل براءة ذمته فلو اختلفا في الثياب التي على العبد فهي للغاصب لأنها في يده ولم يثبت أنها لمالك العبد. انظر المبدع (٥/٤٨) ، الإنصاف (٦/١٩٩).

(٣) قوله «وإن بقيت في يده غصوب إلخ» إذا بقى في يده غصوب لا يعرف أصحابها فسلمها إلى الحاكم برئ من عهدتها بلا نزاع ويجوز له الصدقة بها عنهم بشرط الضمان ويسقط عنه إثم الغصب على الصحيح من المذهب وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله يصرفه في المصالح وكذا حكم الرهون والودائع وسائر الأمانات، ولا يجوز لمن هذه الأشياء في يده وقلنا له الصدقة بها أن يأخذ منها لنفسه إذا كان من أهل الصدقة نص عليه، وخرج القاضي جواز الأكل إذا كان فقيرا وأفتى به الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى في الغاصب إذا تاب. المبدع (٥/٤٨).

(٤) قوله «ومن أتلف مالا إلخ» وسواء كان عمدا أو سهوا إذا كان بغير إذنه بغير خلاف نعلمه ويستثنى منه الحربي إذا أتلف مال المسلم فإنه لا يضمنه وغير المحترم كمال حربي وسائل ورقيق حال قطعه الطريق ونحوهم كآلات لهو وآنية خمر وآنية ذهب وفضة وصليب وصنم فهذا لا يضمنه. المبدع (٥/٤٩).

[فوائد] منها قال في الفائق قلت ولو أتلف لغيره وثيقة بمال لا يثبت ذلك المال إلا بها ففى إلزامه ما تضمنته احتمالات أحدهما يلزمه كقول المالكية انتهى. قال في الإنصاف: قلت وهو الصواب. الإنصاف (٦/٢٠٣).

(الثانية) لو أكره على إتلاف مال الغير فقيل: يضمنه مكرهه وهو الصحيح من المذهب. الإنصاف (٦/٢٠٤).

(الثالثة) إذا أغرى إنسان ظالما بأخذ مال إنسان أو دله عليه أو على ماله ضمنه المغري لتسببه.

(الرابعة) لو غرم بسبب كذب عليه عند ولى الأمر فللغارم تغريم الكاذب وقاله الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى.

أو رباط فرسه أو وكاء زق مائع أو جامد فأذابته الشمس أو بقى بعد حله قاعدا فألقته الريح فاندفق ضمنه[(1)]، وقال القاضي لا يضمن ما ألقته الريح وإن ربط دابة في طريق فأتلفت أو اقتنى كلبا عقورا فعقر أو خرق ثوبا ضمن[(2)] إلا أن يكون دخل منزله بغير إذنه، وقيل في الكلب روايتان في الجملة وإن أجج ناراً

و«**بالاحترام**» احترازاً من مال الحربي، وخمر الذمي، وآلة اللهو، و«لغيره» احترازاً عن مال نفسه.

«**أو وكاء**» الوكاء: بكسر الواو ممدوداً: ما يشد به رأس القربة ونحوها.

«**زق**» الزق، بكسر الزاي: السقاء ونحوه من الظروف.

«**عقوراً**» هو مبالغة في عاقر اسم فاعل عقر، قال أبو السعادات: والعقور: كل سبع يعقر، أي: يجرح ويقتل ويفترس.

«**وإن أجج**» أي أضرم وألهب.

---

(١) قوله «وإن فتح قفصاً إلخ» هذا المذهب في ذلك كله فلو بقى الطائر في محله وكذا الآخرين حتى نفرهما آخر وذهبا فالضمان على المنفر لأن سببه أخص . انظر المبدع (٤٩/٥)، الإنصاف (٢٠٥/٦).

على قوله «أو حل قيد عبده» أو أسيره أو دفع لأحدهما مبرداً فبرده وذهبا أو فتح اصطبلا فضاعت الدابة أو حل رباط فرس. المبدع (٤٩/٥).

(٢) قوله «وإن ربط إلخ» شمل مسألتين إحداهما: أن يكون الطريق ضيقاً فيضمن ما أتلفت ولو كان ما أتلفت بنفح رجلها نص عليه وكذا لو ضربها فرفسته فمات ضمنه ذكره في الفنون. المسألة الثانية: أن يكون الطريق واسعاً فظاهر ما قطع به المصنف هنا أنه يضمن ونص عليه وقدمه في القواعد وقال هذا المنصوص، والرواية الثانية لا يضمن إذا لم تكن في يده وهو ظاهر ما جزم به في الوجيز وقدمه في الرعايتين والحاوي الصغير وقال القاضي: ظاهر كلام أحمد رحمه الله تعالى أنه لا يضمن إذا كان واقفاً لحاجة والطريق واسع وقواه الحارثي. المبدع (٥٠/٥)، الإنصاف (٢٠٧/٦).

على قوله «وإن ربط دابة في طريق فأتلفت شيئاً» ولو كان الطريق واسعاً ضمن راكبها وموقفها لحديث النعمان بن بشير رضى الله عنهما مرفوعاً «من أوقف دابة في سبيل من سبل المسلمين أو في سوق من أسواقهم فأوطأت بيد أو رجل فهو ضامن» رواه الدارقطني. أو ترك في الطريق طيناً أو قشر بطيخ أو رش فيه ماء فزلق إنسان ضمن.

على قوله «في الجملة» أى سواء كان في منزل صاحبه أو خارجاً عنه دخل بإذن صاحب المنزل أو لا. المبدع (٥١/٥).

في ملكه أو سقى أرضه فتعدى إلى ملك غيره فأتلفه ضمن إذا كان قد أسرف فيه أو فرط وإلا فلا[١]، وإن حفر في فنائه بئراً لنفسه ضمن ما تلف بها[٢]،وإن حفرها في سابلة لنفع المسلمين لم يضمن في أصح الروايتين[٣] وإن بسط في مسجد حصيرا أو علق فيه قنديلا لم يضمن ما تلف به، وإن جلس في مسجد أو طريق واسع

«**في فنائه**» بكسر الفاء ممدوداً. قال الجوهري: هو ما امتد من جوانب الدار.

«**وإن حفرها في سابلة**» قال ابن عباد في كتابه «**المحيط**»: السبيل: الطريق يذكر ويؤنث. والجمع : السبل، والسابلة: المختلفة في الطرقات، وجمعها: سوابل.

«**أو علق فيه قنديلا**» هو بكسر القاف معروف.

---

(١) قوله «وإن أجج ناراً إلخ» هذا المذهب وعليه الأصحاب بأن أججها بما تسري في العادة لكثرتها أو في ريح شديدة تحملها أو فتح ماء كثيراً يتعدى لأنها سراية عدوان فلزمها الضمان فلو أججها ثم طرأت ريح لم يضمن. المبدع (٥/٥١)، الإنصاف (٦/ ٢١٠-٢١١).

(٢) قوله «وإن حفر في فنائه إلخ» هذا المذهب لأنه متسبب إلى إتلاف غيره وسواء حفرها بإذن الإمام أو غير إذنه وسواء كان فيها ضرر أو لا، وقال أصحاب الشافعي: وإن حفرها بإذن الإمام لم يضمن؛ والفناء ما كان خارج الدار قريباً منها وقال بعض أصحابنا له حفرها لنفسه بإذن الإمام فعليه لا ضمان لأن للإمام أن يأذن فيما لا ضرر فيه، وجوابه بأنه حفر في مكان مشترك بغير إذن أهله لغير مصلحتهم فضمن ولا نسلم أن للإمام الإذن فيه فدل أنه لا يجوز لوكيل بيت المال وغيره بيع شيء من طريق المسلمين النافذ وأنه ليس لحاكم الحكم بصحته وقاله الشيخ تقي الدين. انظر الشرح الكبير (٣/٢٢٢-٢٢٣)، المبدع (٥/٥١-٥٢) ، الإنصاف (٦/٢١١-٢١٢).

[فائدة] لو حفر الحر بئراً بأجرة أو لا وثبت علمه أنها في ملك غيره نص عليه ضمن الحافر قاله القاضي وابن عقيل والمصنف وغيرهم من الأصحاب وقدمه في الفروع وقال ونصه هما وقدمه الحارثي وقال هو مقتضى إيراد ابن أبي موسى يعني أنهما ضامنان وإن جهل ضمن الآمر. الإنصاف (٦/٢١٢).

(٣) قوله «وإن حفرها في سابلة إلخ» يعني إذا لم يكن فيه ضرر وهذا المذهب بهذا الشرط قال في الوجيز وغيره: إن كانت السابلة واسعة، وهو قيد حسن لأنه محسن بفعله غير متعد. المبدع (٥/٥٢)، الإنصاف (٦/٢١٢)، المبدع (٥/٥٢).

[فائدة] حكم البناء في الطريق كالحفر فيه مسجداً كان أو غيره. المبدع (٥/٥٢).

على قوله «لم يضمن في أصح الروايتين» وكذا لو حفرها في موات لتملك أو ارتفاع أو انتفاع عام لم يضمن وينبغي أن يجعل عليها حاجزاً لتتوقى وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى: ومن لم يسد بئره سداً يمنع من الضرر ضمن ما تلف بها.

فعثر به حيوان لم يضمن في أحد الوجهين[1] وإن أخرج جناحا أو ميزاباً إلى الطريق فسقط على شيء أتلفه ضمن[2]، وإن مال حائطه فلم يهدمه حتى أتلف شيئاً لم يضمنه نص عليه[3] وأومأ في موضع أنه إن تقدم إليه بنقضه وأشهد عليه فلم يفعل ضمن[4]، وما أتلفت البهيمة فلا ضمان على

«**فعثر به**» بفتح الثاء على المشهور، وبضمها عن المطرز، وبكسرها عن اللحياني، ومضارعه مثلث أيضاً، حكى اللغات الست الليلي في شرحه ومعناه: كبا.

«**أو ميزاباً**» الميزاب: معروف، وفيه أربع لغات، مئزاب بالهمز وتركه، ومرزاب بتقديم الراء، ومزراب بتقديم الزاي، حكاهن شيخنا أبو عبد الله بن مالك في كتابه المسمى بـــ «**النظم الأوجز فيما يهمز وما لا يهمز**».

«**وأومأ مهموزاً**» يقال: ومى إليه وأومى.

---

(١) قوله «وإن جلس في مسجد إلخ» وهو المذهب لأنه جلس في مكان له الجلوس فيه من غير تعد على أحد وتقييده بالواسع يخرج الضيق. المبدع (٥/٥٣)، الإنصاف (٦/٢١٥).

(٢) قوله «وإن أخرج جناحاً إلخ» أى يضمن المخرج إذا أخرجه بغير إذن أهله لأنه متعد بذلك فوجب عليه ضمان ما تولد منه، وكذا حكم الميزاب إذا أخرجه على طريق نافذ وبه قال أبو حنيفة، وحكي عن مالك أنه لا يضمن ما أتلفه لأنه غير متعد بإخراجه، ويستثنى منه ما إذا كان غير نافذ أو أخرج ذلك بإذن أهله فإنه لا ضمان لعدم تعديه. انظر المبدع (٥/٥٣)، الشرح الكبير (٣/٢٢٤).

على قوله «إلى طريق» أى سواء كان نافذاً أو لا ما لم يأذن في الطريق النافذ فقط إمام أو نائبه و لم يكن فيه ضرر على المارة. المبدع (٥/٥٣).

(٣) قوله «وإن مال حائطه إلخ» هذا المذهب لأن الميل حادث والسقوط بغير فعله أشبه ما لو وقع قبل ميله وسواء أمكنه نقضه أو طولب به أو لا. المبدع (٥/٥٥).

(٤) قوله «وقد أومأ إلخ» وهذا مذهب مالك وبنحوه قال الحسن والنخعي وقال أبو حنيفة الاستحسان أن يضمن لأن الجواز للمسلمين وميل الحائط يمنعهم ذلك. على قوله «ضمن» والمطالبة لكل مسلم أو ذمى لأن الحق فيه لعامة الناس، وإن تقدم إليه بنقضه فباعه مائلا فسقط على شيء فلا ضمان على بائع فيما تلف لأن الحائط ليس ملكه حال السقوط قال ابن عقيل إن لم يكن حيلة على الفرار من نقضه فيضمن ولا ضمان على مشتر لأنه لم يطالب بنقضه وكذلك إن وهبه وأقبضه، وحيث وجد الضمان والتالف آدمى فالدية على عاقلته. الشرح الكبير (٣/٢٢٥).

صاحبها[1] إلا أن تكون في يد إنسان كالراكب والسائق والقائد فيضمن ما جنت يدها أو فمها دون ما جنت رجلها[2]، وما أفسدت من الزرع والشجر ليلا ولا يضمن ما أفسدت من ذلك نهاراً[3]، ومن صال عليه آدمي أو غيره فقتله دفعا عن نفسه لم يضمنه وإن اصطدمت سفينتان فغرقتا ضمن كل واحد منهما سفينة الآخر وما فيها، فإن كانت إحداهما منحدرة فعلى صاحبها ضمان المصعدة إلا أن

((**اصطدمت**)) افتعلت من الصدم، وتاء الافتعال تقلب طاء بعد حروف الإطباق الأربعة: ص، ض، ط، ظ.

((**ضمان المصعدة**)) أي: المرتقية. يقال: صعد المكان: رقيه، بكسر العين، وأصعد، أي: ارتفع، عن ابن سيده، فعلى هذا يقال: صاعدة.

---

(١) قوله ((وما أتلفت البهيمة إلخ)) إذا لم يكن يد أحد عليها لقوله عليه الصلاة والسلام ((والعجماء جبار)) أى هدر وسواء كان المتلف صيد حرم أو غيره أطلقه أصحابنا ومرادهم إلا الضارية والجوارح وشبهها قال الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى فيمن أمر رجلاً بإمساكها: ضمنه إذا لم يعلمه بها. المبدع (٥/٥٤).

(٢) قوله ((إلا أن تكون إلخ)) هذا المذهب، وقال مالك لا ضمان عليه لقوله عليه الصلاة والسلام ((والعجماء جبار)) ولنا ما روى سعيد في سننه مرفوعاً ((الرجل جبار)) وفي رواية أبي هريرة –رضى الله عنه– ((رجل العجماء جبار)) وتخصيص الرجل دليل على وجوب الضمان في غيرها ولا يضمن ما جنت رجلها وبه قال أبو حنيفة وعن أحمد رحمه الله تعالى يضمن وهو قول شريح وعلى المذهب لو كان السبب من غيرهم ضمن فاعله كنخسها وتنفيرها ويعتبر في الراكب أن يكون متصرفاً فيها فلو كان عليها اثنان فالضمان على الأول لأنه قادر على كفها إلا أن يكون صغيراً أو مجنوناً أو مريضاً وإن كان الثاني متولياً تدبيرها فعليه الضمان. انظر الشرح الكبير (٣/٢٢٦).

(٣) قوله ((ويضمن ما أفسدت إلخ)) وهذا قول مالك والشافعي وأكثر فقهاء الحجاز لما روى مالك عن الزهري عن حرام بن سعد أن ناقة للبراء دخلت حائط قوم فأفسدت فقضى رسول الله ﷺ أن على أهل الأموال حفظها بالنهار وما أفسدت بالليل فهو مضمون عليهم قال ابن عبد البر هذا وإن كان مرسلا فهو مشهور وحدث به الأئمة الثقات وتلقاه فقهاء الحجاز بالقبول وظاهره أنها إذا أتلفت غير الزرع والشجر ليلا أنه لا ضمان على مالكها صرح به في المغني والشرح والصحيح من المذهب أنه يضمن ما أتلفت ليلا. الشرح الكبير (٣/٢٢٧).

على قوله ((ليلا)) وقال أبو حنيفة لا ضمان عليه.

على قوله ((ضمن كل منهما سفينة الآخر)) هذا إذا كانا مفرطين فإن لم يكن فلا ضمان عليهما. المبدع (٥/٥٧).

يكون قد غلبه ريح فلم يقدر على ضبطها، ومن أتلف مزماراً أو طنبورا أو صليباً أو كسر إناء فضة أو ذهب أو إناء خمر لم يضمنه، وعنه. يضمن آنية الخمر إن كان ينتفع بها في غيره.

باب الشفعة

وهي استحقاق الإنسان انتزاع حصة شريكه من يد مشتريها [1]، ولا يحل

«**مزماراً أو طنبوراً**» المزمار: معروف. ويقال فيه: مزمور بضم الميم، وهو: أحد ما جاء على مفعول، وهي: سبعة ألفاظ وما عداها بالفتح.

والطنبور، بضم الطاء: فارسي معرب[2]. والطنبار: لغة فيه، بوزن سنجار. ويقال فيه: طبن وضبن، بضم الطاء والضاد، حكاهما شيخنا رحمه الله في كتابه المسمى بـــ «وفاق الاستعمال».

باب الشفعة

قال صاحب «المطالع»: الشفعة: مأخوذة من الزيادة[3]؛ لأنه يضم ما شفع فيه إلى نصيبه، هذا قول ثعلب، كأنه كان وتراً فصار شفعاً، والشافع: هو الجاعل الوتر شفعاً، والشفيع: فعيل بمعنى فاعل. وقال في «المغني» هي: استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقل عنه من يد من انتقلت إليه[4]، وهو أعم مما في «**المقنع**» [5] فليتأمل.

---

(١) قوله: «وهي استحقاق إلخ» هذا بيان لمعناها ولا يخفى ما فيه الاحتراز، لكنه غير جامع لخروج الصلح بمعنى البيع والهبة بشرط الثواب ولا مانع لأنه يرد عليه الكافر ولا شفعة له، والأحسن أن يقال: هي استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه من يدي من انتقلت إليه كان مثله أو دونه بعوض مالي بثمنه الذي استقر عليه العضد والشفعة ثابتة بالسنة، فروى جابر ﷺ أن النبي ﷺ قضى بالشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة رواه أحمد والبخاري وبالإجماع حكاه ابن المنذر، وقال في المغني: ولا نعلم أحدًا خالف فيها إلا الأصم. المبدع (٥/٥٩).

(٢) ذكره ابن منظور . انظر لسان العرب(٤/٢٧٠٩)(طنبر).

(٣) انظر لسان العرب (١/٤٣٢) (شفع).

(٤) نعم هكذا عرفها شيخ الإسلام موفق الدين . انظر المغني (٥/١٧٨). وهكذا عرفها البهوتي انظر كشاف القناع (٤/١٣٤)، الروض المربع (٢/٤٠٠) وكذا عرفها في زاد المستنقع (١/١٣٧).

(٥) عرفها كما في المقنع لهذا التعريف الخاص: ابن مفلح . انظر المبدع (٥/٢٠٣) وفي عمدة الفقه (١/٦٢).

الاحتيال لإسقاطها[1]. ولا تثبت إلا بشروط خمسة: **(أحدها)** أن يكون مبيعا[2]

((**حصة شريكه**)) الحصة: النصيب، وجمعه: حصص، وأحصصت القوم: أعطيتهم حصصهم.

---

(١) قوله: ((ولا يحل الاحتيال إلخ)) قال الإمام أحمد رحمه الله تعالى: لا يجوز شيء من الحيل في إبطالها ولا إبطال حق مسلم، واستدل الأصحاب بما روى أبو هريرة -رضى الله عنه- أن النبي ﷺ قال: ((لا ترتكبوا ما ارتكبت اليهود فتستحلوا محارم الله بأدنى الحيل)) رواه ابن بطة بإسناده، وقد حرم الله الحيل في مواضع من كتابه، والمذهب أنها لا تسقط بالحيلة، والحيلة أن يظهر في البيع شيئاً لا يؤخذ بالشفعة معه ويتواطآ في الباطن على خلافه، فمن صور الاحتيال أن تكون قيمة الشقص مائة وللمشتري عرض قيمته مائة فيبيعه العرض بمائتين ثم يشترى الشقص منه بمائتين فيتقاصان أو يتواطآن على أن يبيعه الشقص بمائتين ثم يدفع إليه عشرة دنانير عن المائتين وهي أقل فلا يقدم الشفيع عليه لنقصان قيمته عن المائتين. ومنها إظهار كون الثمن مائة ويكون المدفوع في الباطن عشرين فقط، ومنها أن يظهر أن الثمن مائة فيبريه من ثمانين من المائة ويأخذ عشرين، ومنها أن يهبه الشقص ويهب له الموهوب له الثمن ومنها أن يبيعه الشقص بصبرة دراهم معلومة بالمشاهدة مجهولة المقدار ليمنع الشفيع من الشفعة لجهالة الثمن أو يبيعه الشقص بجوميزة ونحوها يجهل قيمته، فالشفيع على شفعته في جميع ذلك فيدفع في الصورة الأولى قيمة العرض مائة أو مثل العشرة دنانير وفي الثانية والثالثة عشرين وفي الرابعة مثل الثمن الموهوب له وفي الخامسة مثل الثمن المجهول أو قيمته إن كان باقياً ولو تعذر معرفة الثمن بتلف أو موت دفع إليه قيمة الشقص وإن تعذر علم قدر الثمن من غير حيلة على إسقاط الشفعة بأن قال المشتري لا أعلم قدر الثمن فقول المشتري بيمينه وأنه لم يفعله حيلة وتسقط الشفعة حيث جهل فإن اختلف الشفيع والمشتري هل وقع شيء من ذلك حيلة أو لا فقول المشتري بيمينه وتسقط فإن نكل قضي عليه بالنكول وإن خالف أحدهما ما تواطآ عليه كما لو تواطآ على أن الثمن عشرون وأظهراه مائة فقال صاحبه بما أظهراه لزمه في ظاهر الحكم إن لم يقم بينة بالتواطؤ وله تحليفه، قال في الفائق: ومن صور التحيل أن يقفه المشتري أو يهبه حيلة لإسقاطها فلا تسقط بذلك عند الأئمة الأربعة ويغلط من يحكم بها ممن ينتحل مذهب أحمد رحمه الله تعالى. انظر المبدع (٥/٦٠)، الإنصاف (٦/ ٢٣٦-٢٣٧).

(٢) قوله: ((أن يكون مبيعاً)) هذا محل وفاق والخبر وارد فيها ويكون الشقص مصالحاً به صلحاً بمعنى البيع بأن يقر له بدين أو غيره فيصالحه عن ذلك بالشقص أو يكون الشقص مصالحاً به عن جناية للمال كقتل الخطأ وشبه العمد وأرش الجائفة أو يكون موهوبا هبة مشروطاً فيها ثواب معلوم. المبدع (٥/٦٠).

ولا شفعة فيما انتقل بغير عوض بحال[1]، ولا فيما عوضه غير المال كالصداق، وعوض الخلع والصلح عن دم العمد في أحد الوجهين.

فصل

(الثاني) أن يكون شقصا مشاعاً من عقار ينقسم[2]، فأما المقسوم المحدد فلا شفعة لجاره فيه[3]، ولا شفعة فيما لا تجب ....

---

(١) قوله: «ولا شفعة إلخ» هذا الصحيح من المذهب؛ لأنه مملوك بغير المال أشبه الإرث فلو جنى جنايتين عمدا وخطأ فصالحه منهما على شقص أخذ بها في نصف الشقص، وكذا لا شفعة فيما أخذه أجرة أو جعالة أو ثمناً في سلم إن صح جعل العقار رأس مال سلم أو عوناً في كتابة، ولا تجب الشفعة بفسخ يرجع به الشقص إلى العاقد أي البائع كرد الشقص بعيب أو مقايلة أو غبن أو اختلاف متبايعين في الثمن أو خيار مجلس أو شرط أو تدليس؛ لأن الفسخ رفع للعقد. المبدع (٥/٦٠)، الإنصاف (٦/٢٣٧).

على قوله: «بغير عوض» كالهبة بغير ثواب والصدقة والوصية في قول أكثر العلماء لأن ذلك ليس في معنى البيع. المبدع (٥/٦٠).

على قوله: «في أحد الوجهين» والوجه الثاني تجب اختاره ابن حامد، وقاله ابن شبرمة وابن أبي ليلى لأنه مملوك بعقد معاوضة أشبه البيع وبه قال مالك والشافعي. الشرح الكبير (٣/٢٣٥).

(٢) قوله: «من عقار ينقسم» هذا المذهب والمراد بالعقار هنا الأرض دون الغراس والبناء لما يأتي وظاهر كلام أهل اللغة بل صريحه أن النخل عقار. المبدع (٥/٦١)، الإنصاف (٦/٢٣٩).

(٣) قوله: «فأما المقسوم المحدد إلخ" هذا المذهب وهو قول عمر وعثمان وخلق؛ لحديث جابر –رضى الله عنه– ولقوله الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة رواه الشافعي، وعنه إنما تثبت للجار حكاها القاضي يعقوب في التبصرة وصححها ابن الصيرفي والحارثي وكذا اختار الشيخ تقي الدين مع الشركة في الطريق لما روى جابر رضى الله عنه مرفوعاً أنه قال الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً رواه الخمسة وحسنه الترمذي، وروى أبو رافع أن النبي ﷺ قال «الجار أحق بصقبه» رواه البخارى ورواه النسائي، والأول أولى؛ لأن حديث أبي رافع ليس بصريح فيها فالصقب القرب فيحتمل أنه أحق بإحسان جاره وصلته مع أن خبرنا صريح، ويحتمل أنه أراد بالجار الشريك. انظر المبدع (٥/٦٢).

[فوائد] منها شريك المبيع أولى من شريك الطريق على القول بالأخذ قاله الحارثي. الإنصاف (٦/٢٤٠).

=

قسمته[1] كالحمار الصغير والبئر والطرق والعراص الضيقة وما ليس بعقار كالشجر والحيوان والبناء المفرد في إحدى الروايتين، إلا أن البناء والغراس يؤخذ تبعاً للأرض، ولا تؤخذ الثمرة والزرع تبعا في أحد الوجهين[2].

((**أن يكون شقصاً**)) الشقص: بكسر الشين، قال أهل اللغة: هو القطعة من الأرض، والطائفة من الشيء، والشقيص: الشريك.

((**مشاعاً**)) تقدم (في) الرهن.

((**المحدد**)) كذا بخط المصنف رحمه الله، أي: المجعول له حدود، يقال: حددت الدار أحدها فهي محدودة، وفي التكثير: حددتها فهي محدودة.

((**كالحمام**)) الحمام: البيت المعروف، وهو مذكر عن شيخنا أبي عبد الله بن مالك قال: وأما البيت المشهور على ألسنة العامة ((إن حمامنا التي نحن فيها)) فبيت مصنوع، ليس من كلام العرب.

((**والعراص**)) العراص: جمع عرصة بفتح أوله وإسكان ثانيه، وجمعها عراص، وعرصات بفتح الراء، وهي: كل موضع لا بناء فيه.

= (الثانية) عدم الفرق في الطريق بين كونه مشتركا بملك أو باختصاص قدمه الحارثي وقال: ومن الناس من قال المعتبر شركة الملك لا شركة الاختصاص وهو الصحيح. الإنصاف (٦/٢٤٠).

(الثالثة) لا شفعة بالشركة في الشرب مطلقاً وهو النهر أو البئر يسقي أرض هذا وأرض هذا فإذا باع أحدهما أرضه فليس للآخر الأخذ بحقه من الشرب وهذا المذهب ونص عليه. الإنصاف (٦/٢٤١).

(١) قوله: ((ولا شفعة فيما لا تجب إلخ)) وهذا المذهب لقوله عليه الصلاة والسلام: ((لا شفعة في فناء ولا طريق ولا منقبة)) رواه أبو عبيد في الغريب، المنقبة الطريق الضيق بين دارين لا يمكن أن يسلكه أحد، والثانية بلى اختاره ابن عقيل وأبو محمد الجوزي والشيخ تقي الدين، قال الحارثي: وهو الحق لما روى ابن عباس -رضي الله عنهما- مرفوعاً الشريك شفيع والشفعة في كل شيء رواه الترمذي والنسائي متصلاً ومرسلاً وهو أصح قاله الدارقطني والذي وصله أبو حمزة السكري وهو مخرج عنه في الصحيحين ولأنها وضعت لإزالة الضرر ووجوده فيما لم يقسم أبلغ. المبدع (٥/٦٣)، الإنصاف (٦/٢٤١).

على قوله: ((وما ليس بعقار كالشجر والحيوان والبناء المنفرج)) وجوهر وسيف وسفينة وزرع وثمرة. انظر المبدع (٥/٦٣).

(٢) قوله: ((ولا تؤخذ الثمرة إلخ)) وهو المذهب لأن ذلك لا يدخل تبعاً فلا يدخل في الشفعة والثاني يؤخذ تبعاً كالغراس. المبدع (٥/٦٣)، الإنصاف (٦/٢٤٣).

على قوله ((ولا تؤخذ الثمرة)) وقيدها في المغني والشرح بالظاهرة. المبدع (٥/٦٣).

فصل

(الثالث) المطالبة بها على الفور[1]ساعة يعلم[2]نص عليه، وقال القاضي: له طلبها في المجلس وإن طال فإن أخره سقطت شفعته إلا أن يعلم وهو غائب فيشهد على الطلب بها ثم إن أخر الطلب بعد الإشهاد عند إمكانه أو لم يشهد ولكن سار في طلبها فعلى وجهين[3]، وإن ترك الطلب والإشهاد لعجزه عنهما

---

(١) قوله: ((الثالث إلخ)) هذا المذهب لقوله عليه الصلاة والسلام ((الشفعة لمن واثبها)) رواه الفقهاء في كتبهم ورده الحارثي بأنه لا يعرف في كتب الحديث، ولقوله أيضاً ((الشفعة كحل العقال)) رواه ابن ماجه ولأن ثبوتها على التراخي ربما أضر بالمشتري لعدم استقرار ملكه. المبدع (٥/٦٤)، الإنصاف (٦/٢٤٤).

(٢) قوله: ((ساعة يعلم)) هذا المذهب أي بأن يشهد الشفيع بالطلب ساعة يعلم بالبيع إن لم يكن عذر يمنعه من الطلب فإن كان عذر مثل أن لا يعلم أو علم ليلا فأخره إلى الصبح أو أخره لشدة جوع أو عطش حتى إذا أكل أو شرب أو أخره لطهارة أو إغلاق باب أو ليخرج من الحمام أو ليقضي حاجته أو ليؤذن ويقيم ويأتي بالصلاة وسننها أو ليشهدها في جماعة يخاف فواتها ونحو ذلك فلا تسقط إلا أن يكون المشتري حاضراً عنده في هذه الأحوال فمطالبته ممكنة ما عدا الصلاة. المبدع (٥/٦٤)، الإنصاف (٦/٢٤٤).

قال في الإقناع: وشرحه ثم إذا أشهد على الطلب فله أن يخاصم المشتري ولو بعد أيام أو أشهر أو سنين؛ لأن الإشهاد دليل على رغبته. ولا يشترط في المطالبة حضور المشتري لكن إن كان المشتري غائباً عن المجلس حاضرا في البلد فالأولى أن يشهد على الطلب ويبادر إلى المشتري بنفسه أو بوكيله فإن بادر هو أو وكيله من غير إشهاد فهو على شفعته انتهى. وعنه أنها على التراخي وهي قول مالك.

على قوله ((وإن طال)) وهو قول أبي حنيفة. انظر الشرح الكبير (٣/٢٣٩).

(٣) قوله ((ثم إن أخر الطلب إلخ)) شمل كلامه مسألتين؛ إحداهما: أن يشهد على الطلب حين يعلم ويؤخر الطلب بعده مع إمكانه ففيه وجهان، أحدهما: لا تسقط بذلك وهو المذهب؛ لأن عليه في السفر عقيب الإشهاد ضرراً لالتزامه كلفته وانقطاع حوائجه وفي المغني إن أخر القدوم بطل الطلب وهو صحيح لأنه لا وجه لإسقاط الشفعة بتأخير الطلب بعد الإشهاد وهو غائب؛ لأن الطلب حينئذ لا يمكن بخلاف القدوم. الثانية إذا كان غائباً فسار حين علم في طلبها و لم يشهد مع القدرة على الإشهاد ففيه وجهان أحدهما تسقط الشفعة وهو المذهب، وهو ظاهر كلام أحمد؛ لأن السير قد يكون لطلبها أو لغيره فوجب بيان ذلك بالإشهاد. المبدع (٥/٦٥).

[فائدتان] يملك الشفيع الشقص بالمطالبة ولو لم يقبضه مع ملائمته بالثمن، فيصح تصرفه فيه ويورث عنه ولا يعتبر رضا مشترٍ. =

كالمريض والمحبوس ومن لا يجد من يشهده أو لإظهارهم زيادة في الثمن أو نقصا في المبيع أو أنه موهوب له أو أن المشتري غيره أو أخبره من لا يقبل خبره فلم يصدقه فهو على شفعته، وإن أخبره من يقبل خبره فلم يصدقه[1] أو قال للمشتري بعني ما اشتريت أو صالحني سقطت ....

= (الثانية) لو أخر الطلب مع إمكانه ولو جهلا باستحقاقها، أو أخر الطلب جهلاً بأن التأخير مسقط لها ومثله لا يجهله سقطت وهذا هو المذهب، قال في الإنصاف: وفيه وجه آخر أنه إذا نسي المطالبة أو البيع أو جهلها أنها لا تسقط.

قلت: وهو الصواب، قال الحارثي وهو الصحيح. وإن أخره جهلا بأن التأخير مسقط فإن كان مثله لا يجهله سقطت لتقصيره، وإن كان مثله يجهله فقال في التلخيص: يحتمل وجهين: أحدهما: لا تسقط.

قال الحارثي: وهو الصحيح، وجزم به في الرعاية والنظم والفائق، قلت: وهو الصواب انتهى.

على قوله: «كالمريض» لا من صداع وألم قليل. المبدع (٥/٦٥).

على قوله: «والمحبوس» ظلماً. المبدع (٥/٦٥).

على قوله: «ومن لا يجد من لا يشهده» أو وجد من لا تقبل شهادته كالمرأة والفاسق ونحوهما كغير بالغ أو وجد من لا يقدم معه إلى موضع المطالبة أو وجد مستوري الحال فلم يشهدهما لم تسقط شفعته. المبدع (٥/٦٥-٦٦).

على قوله: «أو لإظهارهم زيادة في الثمن أو نقصاً في المبيع" أو أنهما تبايعا بدنانير فبانت دراهم أو بالعكس؛ لأنهما جنسان أو أظهر أنه اشتراه بنقد فبان أنه اشتراه بعرض أو بالعكس، أو أظهر أنه اشتراه لإنسان فبان أنه اشتراه لغيره لم تسقط. انظر المبدع (٥/٦٦).

على قوله: «أو أنه موهوب له» لأن من شرطه العوض. المبدع (٥/٦٦).

على قوله: «أو أن المشتري غيره» أى غير المشتري باطنا. المبدع (٥/٦٦).

على قوله: «أو أخبره من لا يقبل خبره» لفسقه ولم يطالب أو يشهد، لأنه لا يعلم الحال على وجهه ومحله ما لم يصدقه فإن صدقه سقطت شفعته؛ لأن تصديقه اعتراف بوقوعه. المبدع (٥/٦٦).

(١) قوله: «وإن أخبره من يقبل خبره إلخ» إذا أخبره عدلان فلم يصدقهما سقطت شفعته لأن ذلك يوجب ثبوت البيع، وإن أخبره عدل واحد فلم يصدقه سقطت على الصحيح من المذهب. الإنصاف (٦/٢٥٢).

والمرأة كالرجل والعبد كالحر على الصحيح من المذهب.

وقال القاضي كالفاسق وهو مذهب الشافعي. الشرح الكبير(٣/٢٤٣).

شفعته[١]، وإن دل في البيع أو توكل لأحد المتبايعين[٢] أو جعل له الخيار فاختار إمضاء البيع فهو على شفعته [٣]، وإن أسقط شفعته قبل البيع لم تسقط[٤] ويحتمل أن تسقط، وإن ترك الولي شفعة للصبي فيها حظ لم تسقط وله الأخذ

«**من يقبل خبره**» هو الاثنان المقبول خبرهما، وفي الواحد وجهان.

«**وإن دل في البيع**» يقال: دللتك على الشيء دلالة، ودلالة- بفتح الدال وكسرها- ودلولاً، ودلولة بضمها فيهما: إذا أرشدتك إليه، أي: أرشد المشتري إليه، فكان سمساراً بينهما، ويسمى الدلال.

---

(١) قوله: «أو قال للمشتري بعني إلخ» هذا المذهب؛ لأنه يدل على رضاه فوجب أن تسقط، وكذا قوله هب لي أو ائتمني عليه أو بعه ممن شئت.
وقال القاضي: لا تسقط؛ لأنه لم يرض بإسقاطها وإنما رضي بمعاوضة عنها فإن صالحه عنها بعوض لم يصح وبه قال أبو حنيفة والشافعي.
وقال مالك: يصح؛ لأنه عوض عن إزالة ملك ولنا أنه خيار لا يسقط إلى مال فلم يجز أخذ العوض عنه كخيار الشرط وبه يبطل ما قاله. الشرح الكبير (٣/٢٤٣).

(٢) قوله: (وإن دل إلخ» إن دل على البيع أى صار دلالا -وهو السفير في البيع- فهو على شفعته قولا واحداً، وإن توكل لأحد المتبايعين فهو على شفعته أيضاً على الصحيح من المذهب، وهو ظاهر مذهب الشافعي.
الشرح الكبير (٣/٢٤٣).

(٣) قوله: «أو جعل الخيار إلخ» وبه قال مالك والشافعي.
وقال أصحاب الرأي: تسقط لأن العقد تم به، ولنا أن هذا سبب سبق وجوب الشفعة فلم تسقط به الشفعة كالإذن في البيع والعفو عن الشفعة قبل تمام البيع. انظر الشرح الكبير (٣/٢٤٤).

(٤) قوله: «وإن أسقط إلخ» هذا المذهب وبه قال أبو حنيفة والشافعي وأصحاب الرأي؛ لأنه إسقاط حق قبل وجوبه فلم يسقط، ويحتمل أن تسقط، وهذا قول الحكم والثوري وأبي عبيد وأبي خيثمةوطائفة من أهل الحديث.
واحتجوا بقول النبي ﷺ : «من كان له شركة في أرض ربعة أو حائط فلا يحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك» ومحال أن يقول رسول الله ﷺ وإن شاء ترك فلا يكون لتركه معنى. الشرح الكبير (٣/٢٤٤).
على قوله: «ويحتمل أن تسقط» واختاره الشيخ تقي الدين وصاحب الفائق. الإنصاف (٦/٢٥٦).

بها إذا كبر[1]، وإن تركها لعدم الحظ فيها سقطت ذكره ابن حامد، وقال القاضي: يحتمل أن لا تسقط.

فصل

(الرابع) أن يأخذ جميع المبيع، فإن طلب أخذ البعض سقطت شفعته، فإن كانا شفيعين فالشفعة بينهما على قدر ملكيهما[2]، وعنه على عدد الرءوس، فإن ترك أحدهما شفعته لم يكن للآخر أن يأخذ إلا الكل أو يترك[3]، فإن كان المشتري شريكا فالشفعة بينه وبين الآخر[4]، فإن ترك شفعته ليوجب

---

(١) قوله: «وإن ترك الولي إلخ» هذا أحد الوجوه واختاره الشيخ تقي الدين وغيره من الأصحاب، وقيل لا تسقط مطلقاً وله الأخذ بها إذا كبر وهذا المذهب نص عليه؛ لأن حق الأخذ ثبت فلا يسقط بترك غيره كوكيل الغائب ولو كان أبا، وقيل: لا يأخذ المحجور عليه بعد أهليته بالشفعة إلا إن كان فيها حظ له وعليه الأكثر ولو عفى الولي عن الشفعة التي فيها حظ لموليه ثم أراد الأخذ فله ذلك لعدم صحة عفوه عنها كما سبق، وإن تجدد الحظ للمحجور عليه ثبت الملك في المشفوع للصبي ونحوه وليس له نقضه بعد البلوغ. المبدع (٥/٦٧).

على قوله: «للصبي فيها حظ» أو السفيه أو المجنون. المبدع (٥/٦٧).

(٢) قوله: «فإن كانا شفيعين إلخ» هذا المذهب نص عليه وروي ذلك عن الحسن وابن سيرين وعطاء وبه قال مالك، وعنه يقسم بينهم على عدد الرءوس اختارها ابن عقيل وروي ذلك عن النخعي والشعبي وهو قول ابن أبي ليلى والثوري وأصحاب الرأي لأن كل واحد منهم لو انفرد استحق الجميع فإذا اجتمعوا تساووا كالبنين في الميراث وكالمعتقين في سراية العتق. ولنا أنه حق يستفاد بسبب الملك فكان على قدر الأملاك كالغلة ودليلهم ينتقض بالابن والأب أو الجد والرجالة في الغنيمة وبأصحاب الديون والوصايا إذا نقص ماله عن دين أحدهم أو الثلث عن وصية أحدهم. انظر الشرح الكبير (٣/٢٤٧).

(٣) قوله: «فإن ترك أحدهما إلخ» وهذا بلا نزاع وحكاه ابن المنذر إجماعاً؛ لأن في أخذ البعض إضرارا بالمشتري ولو وهبها لشريكه أو لغيره لم يصح فإن كان أحد الشفعاء غائبا فليس للحاضر أن يأخذ إلا الكل أو يترك كالعفو نص عليه لكن إن ترك الطلب منتظراً لشريكه فوجهان أحدهما تسقط لتركه طلبها مع إمكانه والثاني لا؛ لأن له عذرا وهو الضرر الذي يلزمه بأخذ شريكه منه فإن أخذ الجميع ثم حضر الثاني قاسمه فإن حضر ثالث قاسمهما وما حدث من نماء منفصل في يد الأول فهو له لأنه حدث في ملكه. المبدع (٥/٦٩).

(٤) قوله: «فالشفعة بينه وبين الآخر» أي لكل واحد قدر نصيبه وبه قال أبو حنيفة والشافعي لأنهما تساويا في الشركة فوجب تساويهما في الشفعة كما لو كان المشتري أجنبياً. الشرح الكبير (٣/٢٤٧).

الكل على شريكه لم يكن له ذلك[1]، وإذا كانت دار بين اثنين فباع أحدهما نصيبه لأجنبي صفقتين ثم علم شريكه فله أن يأخذ بالبيعين، وله أن يأخذ بأحدهما فإن أخذ بالثاني شاركه المشتري في شفعته في أحد الوجهين، وإن أخذ بالأول لم يشاركه، وإن أخذ بهما لم يشاركه في شفعة الأول، وهل يشاركه في شفعة الثاني؟ على وجهين[2]، وإن اشترى اثنان حق واحد فللشفيع أخذ حق أحدهما[3]، وإن اشترى واحد حق اثنين أو اشترى واحد شقصين من أرضين

---

(١) قوله: ((فإن ترك إلخ)) أي لم يلزمه ذلك و لم يصح الإسقاط، لأن ملكه استقر على قدر حقه فجرى مجرى الشفيعين إذا أخذا بالشفعة ثم عفا أحدهما عن حقه وكذلك لو حضر أحد الشفيعين فأخذ جميع الشقص بالشفعة ثم حضر الآخر فله أخذ النصف من ذلك فإن قال الأول خذ الكل أو دع فإني قد أسقطت شفعتي لم يكن له ذلك فإن قيل هذا تبعيض للصفقة على المشتري قلنا هذا التبعيض اقتضاه دخوله في العقد فصار كالرضا منه به. انظر المبدع (٥/٦٩).

(٢) قوله: ((وإذا كانت دار إلخ)) وجملة ذلك أن الشريك إذا باع بعض الشقص لأجنبي ثم باعه باقيه صفقة أخرى ثم علم الشفيع فله أخذ البيع الأول والثاني وله أخذ أحدهما، فإن أخذ الأول لم يشاركه في شفعته أحد وإن أخذ الثاني فهل يشاركه المشتري في شفعته بنصيبه الأول؟ فيه ثلاثة أوجه: (أحدهما) يشاركه فيها وهو الصحيح من المذهب وهو مذهب أبي حنيفة وبعض أصحاب الشافعي؛ لأنه شريك في وقت البيع الثاني يملكه الذي اشتراه أولا، و (الثاني) لا يشاركه؛ لأن ملكه على الأول لم يستقر لكون الشفيع يملك أخذه، و (الثالث) إن عفا الشفيع عن الأول شاركه في الثاني وإن أخذ بهما جميعاً لم يشاركه وهذا مذهب الشافعي؛ لأنه إذا عفا عنه استقر ملكه بخلاف ما إذا أخذ. الشرح الكبير (٣/٢٤٨).

[فائدة] إذا كانت أرض بين ثلاثة فوكل أحدهم شريكه في بيع نصيبه مع نصيبه فباعهما لرجل آخر فلشريكه الشفعة فيهما، وهل له أخذ أحد النصيبين دون الآخر؟ فيه وجهان. وإن وكل في شراء نصف نصيب أحد الشركاء فاشترى الشقص كله لنفسه ولموكله فلشريكه أخذ نصيب أحدهما؛ لأنهما مشتريان ولا يفضي إلى تبعيض الصفقة على المشترى. المبدع(٥/٧٠).

على قوله: ((في أحد الوجهين)) وهو الصحيح من المذهب. الإنصاف (٦/٢٦٢).

على قوله: ((لم يشاركه في شفعة الأول)) بلا نزاع. الإنصاف (٦/٢٦٢).

على قوله: ((على وجهين)) الصحيح عدم المشاركة. الإنصاف (٦/٢٦٢).

(٣) قوله: ((وإن اشترى اثنان إلخ)) وبهذا قال مالك والشافعي وأبو حنيفة في إحدى الروايتين عنه وقال في الأخرى: يجوز له ذلك بعد القبض ولا يجوز قبله، ولنا أنهما مشتريان فجاز للشفيع أخذ نصيب أحدهما ودل على أنه يأخذهما وهو ظاهر. الشرح الكبير (٣/٢٥١).

صفقة واحدة فللشفيع أخذ أحدهما على أصح الوجهين[1]، وإن باع شقصاً وسيفاً فللشفيع أخذ الشقص بحصته من الثمن[2] ويحتمل أن لا يجوز، وإن تلف بعض المبيع فله أخذ الباقي بحصته من الثمن[3]، وقال ابن حامد: إن كان تلفه بفعل الله تعالى فليس له أخذه إلا بجميع الثمن.

=[فائدة] لو باع أحد الشريكين نصيبه من ثلاثة صفقة واحدة فللشفيع الأخذ من الجميع ومن البعض فإن أخذ من البعض فليس لمن عداه الشركة في الشفعة وإن باع كلا منهم على حدة ثم علم الشفيع فله الأخذ من الكل ومن البعض فإن أخذ من الأول فلا شركة للآخرين، وإن أخذ من الثاني فلا شركة للثالث وللأول الشركة في أصح الوجهين قاله الحارثي، وإن أخذ من الثالث ففي شركة الأولين الوجهان. انظر الإنصاف (٦/٢٦٣).

(١) قوله: «وإن اشترى واحد إلخ» إذا اشترى رجل من رجلين شقصاً صفقة واحدة فللشفيع أخذ نصيب أحدهما دون الآخر وبه قال الشافعي، وحكي عن القاضي أنه لا يملك ذلك وهو قول أبي حنيفة ومالك لئلا تتبعض صفقة المشتري، ولنا أن عقد الاثنين مع واحد عقدان؛ لأنه مشتر من كل واحد منهما ملكه بثمن مفرد فكان للشفيع أخذه كما لو أفرده بعقد وبهذا ينفصل عما ذكروه، وأما إذا باع شقصين من أرضين صفقة واحدة لرجل واحد وكان الشريك في أحدهما غير الشريك في الآخر فلهما أن يأخذا ويقسما الثمن على قدر القيمتين وإن أخذ أحدهما دون الآخر جاز ويأخذ الشقص الذي في شركته بحصته من الثمن، ويتخرج أن لا شفعة له فيه؛ لأن فيه تبعيض الصفقة على المشتري وذلك ضرر به، وليس له أخذهما معاً؛ لأن أحدهما لا شركة له فيه ولا هو تابع لما فيه الشفعة فجرى مجرى الشقص والسيف على ما نذكره، وإن كان الشريك فيهما واحداً فله أخذهما وتركهما، وله أخذ أحدهما دون الآخر وهو منصوص الشافعي. الشرح الكبير (٣/٢٥٢).

(٢) قوله: «وإن باع شقصاً وسيفاً إلخ» إذا باع شقصاً مشفوعاً ومعه ما لا شفعة فيه كالسيف والثوب في عقد واحد ثبتت الشفعة في الشقص بحصته من الثمن دون ما معه وبه قال أبو حنيفة والشافعي، وقال مالك: تثبت الشفعة فيهما لئلا تتبعض صفقة المشتري وفي ذلك إضرار به. الشرح الكبير (٣/٢٥٢).

على قوله: «ويحتمل أن لا يجوز» ولا يثبت للمشتري خيار التفريق في الصور المتقدمة لتعدد العقد معنى. المبدع (٥/٧١).

(٣) قوله: «وإن تلف إلخ» إذا تلف الشقص أو بعضه في يد المشتري فهو من ضمانه؛ لأنه ملكه تلف في يده فإن أراد الشفيع الأخذ إذا تلف بعضه أخذ الموجود بحصته من الثمن سواء كان التلف بفعل الله تعالى أو بفعل آدمي وسواء تلف باختيار المشتري كنقضه البناء أو بغير اختياره مثل أن انهدم ثم إن كانت الأنقاض موجودة أخذها مع العرصة بالحصة وإن كانت معدومة أخذ العرصة وما بقي من البناء، هذا ظاهر=

فصل

(الخامس) أن يكون للشفيع ملك سابق[1]، فإن اشترى اثنان دارا صفقة واحدة فلا شفعة لأحدهما على صاحبه، وإن ادعى كل واحد منهما السبق فتحالفا أو تعارضت بينتاهما فلا شفعة لهما، ولا شفعة بشركة الوقف في أحد الوجهين[2].

فصل

وإن تصرف المشتري في المبيع قبل الطلب بوقف أو هبة سقطت الشفعة نص عليها[3] وقال أبو بكر: لا تسقط، وإن باع فللشفيع الأخذ بأي البيعين

= كلام أحمد – رحمه الله تعالى – في رواية ابن القاسم وهو قول الثورى وأبي يوسف وقول للشافعي. الشرح الكبير (٣/٢٥٣).

على قوله: «فله أخذ الباقي بحصته من الثمن» فلو اشترى داراً تساوي ألفين بألف فباع بابها أو هدمها فبقيت بألف أخذها الشفيع بخمسمائة، والمراد بقوله اشترى داراً أى شقصاً من دار من إطلاق الكل على البعض. المبدع (٥/٧١).

على قوله: «إن كان تلفه بفعل الله تعالى» كانهدام البناء بنفسه أو حريق أو غرق وهو قول أبي حنيفة وقول للشافعي. انظر الشرح الكبير (٣/٢٥٣).

(١) قوله: «ملك سابق» أي ملك للرقبة لا المنفعة كنصف دار موصى بنفعها فباع الورثة نصفها فلا شفعة للموصى له واشترط سبقه؛ لأن الشفعة تثبت لدفع الضرر من الشريك فإذا لم يكن له ملك سابق فلا ضرر عليه فلا شفعة. المبدع (٥/٧١).

(٢) قوله: «ولا شفعة بشركة الوقف إلخ» وهو المذهب؛ لأنه لا يؤخذ بالشفعة فلا تجب به كالمجاور وما لا ينقسم ولأن مستحقه إما غير مالك والشفعة لا تثبت إلا في ملك وإما مالك فملكه غير تام لكونه لا يستفيد به تصرفاً في الرقبة. المبدع (٥/٧٢).

على قوله: «في أحد الوجهين» وهو ظاهر مذهب الشافعي. انظر الشرح الكبير (٣/٢٥٤).

(٣) قوله: «وإن تصرف المشترى إلخ» وكذا بصدقة وكذا لو أعتقه نص عليه وهذا المذهب في الجميع وهو من مفردات المذهب؛ لأن الشفعة إنما تثبت في الملك وقد خرج هذا عن كونه مملوكا، وقال أبو بكر: لا تسقط، وهو قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي؛ لأن الشفيع أسبق وجنبته أقوى. الشرح الكبير (٣/٢٥٤-٢٥٥).

على قوله «بوقف» أى سواء كان على معين كولده أو ولد زيد أو على غير معين بأن وقفه على مسجد كذا أو الفقراء أو الغزاة.

على قوله: «أو هبة» أو جعله عوضا في عتق أو طلاق أو خلع أو صلح عن دم عمد ونحوه مما لا شفعة فيه ابتداء سقطت قاله في شرح الإقناع. =

شاء[1]، فإن أخذ بالأول رجع الثاني على الأول، وإن فسخ البيع بعيب أو إقالة أو تحالف فللشفيع أخذه[2]، ويأخذه في التحالف بما حلف عليه البائع، وإن أجره أخذه الشفيع وله الأجرة من يوم أخذه، وإن استغله فالغلة له[3] وإن أخذه الشفيع وفيه زرع أو ثمرة ظاهرة فهي للمشتري مبقاة إلى الحصاد

= [فائدتان] لا يسقط رهن الشفعة على الصحيح من المذهب وقيل الرهن كالوقف والهبة جزم به في الكافي والوجيز، وقال في الفائق وخص القاضي بالنص بالوقف ولم يجعل غيره مسقطا اختاره شيخنا يعني به الشيخ تقي الدين فعلى المذهب ينفسخ الرهن بأخذه. الإنصاف (٦/٢٧٠).

(الثانية) لو أوصى المشترى بالشقص فإن أخذه الشفيع قبل القبول بطلت الوصية واستقر الأخذ للشفيع لسبق حقه على حق الموصى له وإن طلب الشفيع الأخذ بالشفعة قبل قبول الوصية ولم يأخذ بعد الطلب حتى مات الموصي بطلت الوصية أيضاً واستقر الأخذ للشفيع ويدفع الشفيع الثمن إلى الورقة لأنه ملكهم، وإن كان الموصي له قبل الوصية قبل أخذ الشفيع أو قبل طلبه بها لزمت الوصية وسقطت الشفعة لأن في الشفعة إضراراً بالموصي له؛ لأن ملكه يزول عنه بغير عوض.
الإنصاف ٦/٢٧٠.

(١) قوله: «وإن باع إلخ» هذا المذهب؛ لأن سبب الشفعة الشراء، وقد وجد من كل واحد منهما؛ لأنه شفيع في العقدين، واقتضى ذلك صحة تصرف المشتري؛ لأنه ملكه وصح قبضه. المبدع (٥/٧٣).

(٢) قوله: «وإن فسخ البيع إلخ» إذا تقايلا الشقص ثم علم المشتري إن قلنا الإقالة بيع فله الأخذ من أيهما شاء فإن أخذ من المشتري نقض الإقالة ليعود الشقص إليه فيأخذ منه وإن قلنا فسخ فله الشفعة على الصحيح من المذهب، وعنه إن استقاله قبل المطالبة بها لم يكن له شفعة وكذا إن ترادا بعيب وإذا فسخ البائع البيع لعيب في ثمن الشقص المعين كما لو اشترى شقصاً بعبد معين ثم علم البائع عيبه وفسخ البيع فإن كان الفسخ قبل الأخذ بالشفعة فلا شفعة وإن كان الفسخ بعد الأخذ بالشفعة استقرت للشفيع وللبائع إلزام المشتري بقيمة شقصه ويتراجع المشتري والشفيع بما بين قيمة الشقص والثمن الذي وقع عليه العقد وهو قيمة العبد فيرجع دافع الأكثر منهما على الآخر بالفضل فإذا كانت قيمة الشقص مائة وقيمة العبد الذي هو الثمن مائة وعشرين وكان المشتري أخذ المائة والعشرين من الشفيع رجع الشفيع عليه بالعشرين لأن الشقص إنما استقر عليه بالمائة.
انظر الشرح الكبير (٣/٢٥٦)، المبدع (٥/٧٣-٧٤).

(٣) قوله: «وإن استغله إلخ» هذا بلا نزاع؛ لأنها نماء ملكه إذا الخراج بالضمان بدليل أنه لو تلف كان من ضمانه. المبدع (٥/٧٤)، الإنصاف (٦/٢٧٥).

والجذاذ[1]، وإن قاسم المشتري وكيل الشفيع أو قاسم الشفيع لكونه أظهر له زيادة في الثمن أو نحوه وغرس أو بنى فللشفيع أن يدفع إليه قيمة الغراس والبناء ويملكه أو يقلعه ويضمن النقص[2]، فإن اختار أخذه فأراد المشتري قلعه فله ذلك إذا لم يكن فيه ضرر، وإن باع الشفيع ملكه قبل العلم لم تسقط شفعته في أحد الوجهين وللمشتري الشفعة فيما باعه الشفيع في أصح الوجهين، وإن مات الشفيع بطلت الشفعة[3] إلا أن يكون بعد طلبها فتكون لوارثه.

---

(١) قوله: «وإن أخذه الشفيع إلخ» يعني بلا أجرة وهذا المذهب لأن ضرره لا يبقى وكذلك الطلع إذا أبر، وقيل: تجب في الزرع الأجرة من حين أخذ الشفيع واختاره ابن عبدوس في تذكرته، قال ابن رجب في القواعد وهو أظهر، قال في الإنصاف وهو الصواب. المبدع (٥/٧٤).

(٢) قوله: «وإن قاسم إلخ» وجملة ذلك أن يتصور بناء المشتري وغرسه في الشقص المشفوع على وجه مباح في مسائل منها أن يظهر المشتري أنه اشتراه بأكثر من ثمنه أو أنه وهب له أو غير ذلك مما يمنع الشفيع من الأخذ بها فيتركها ويقاسمه ثم يبني المشتري ويغرس، ومنها أن يكون غائباً فيقاسمه أو صغيراً فيقاسمه وليه أو نحو ذلك ثم يقدم الغائب ويبلغ الصبي بعد غرس المشتري وبنائه فالشفيع مخير بين ما ذكره المصنف وهو المذهب وبه قال الشعبي والأوزاعي وابن أبي ليلى ومالك والليث والشافعي، وقال حماد بن أبي سليمان والثوري وأصحاب الرأي: يكلف المشتري القلع ولا شيء له؛ لأنه بنى فيما استحق عليه أخذه بالشفعة. الشرح الكبير (٣/٧٤).

على قوله: «فللشفيع أن يدفع إليه قيمة الغرس والبناء» وكيفية التقويم ما ذكره في المغني والشرح فقال: الظاهر أن الأرض تقوم مغروسة أو مبنية ثم تقوم خالية منهما فما بينهما فهو قيمة الغراس أو البناء يدفع إلى المشتري إن أحب الشفيع أو ما نقص منه إن اختار القلع لا قيمته مستحقا للبقاء. انظر المبدع (٥/٧٥)

على قوله «فإن أراد المشتري قلعه فله ذلك» فإذا قلعه فليس عليه تسوية الحفر ولا نقص الأرض. المبدع (٥/٧٥).

على قوله: «إذا لم يكن فيه ضرر» والصحيح من المذهب أن له القلع مطلقا. الإنصاف (٦/٢٧٧).

على قوله: «في أحد الوجهين» وهو المذهب لأنها تثبت له ولم يوجد منه رضا بتركها وقال الشافعي تسقط.

على قوله «في أصح الوجهين» وهو المذهب . الإنصاف (٦/٢٧٩).

(٣) على قوله: «بطلت الشفعة» وهذا المذهب، وبه قال الثوري وإسحاق وأصحاب الرأي، وقال مالك والشافعي: تورث؛ لأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فيورث كخيار الرد بالعيب ولنا أنه نوع خيار للتمليك أشبه خيار القبول ولأنا لا نعلم =

فصل

ويأخذ الشفيع بالثمن الذي وقع العقد عليه، وإن عجز عنه أو عن بعضه سقطت شفعته[(١)]، وما يحط من الثمن أو يزاد فيه في مدة الخيار يلحق به[(٢)]، وما كان بعد ذلك لا يلحق به[(٣)]، وإن كان مؤجلا أخذه الشفيع بالأجل إن كان مليا وإلا أقام كفيلا مليا وأخذ به[(٤)]، وإن كان الثمن عرضا أعطاه مثله إن كان

= بقاءه على الشفعة لاحتمال رغبته عنها ولا ينتقل إلى الورثة ماشك في ثبوته فأما خيار الرد بالعيب فلأنه لاستدراك جزء فائت من المبيع. الشرح الكبير (٣/٢٦٠).

(١) قوله: «وإن عجز عنه إلخ» فلو أتى برهن أو ضامن لم يلزم المشتري، وإن بذل عوضا عن الثمن لم يلزمه قبوله؛ لأنها معاوضة فلم يجبر عليها ولكن ينظر ثلاثاً على الصحيح من المذهب وبه قال شبرمة وأصحاب الشافعي؛ لأنها آخر حد القلة ونص عليه وعنه يومين جزم به في المغني والشرح وهو قول مالك، وقال أبو حنيفة وأصحابه: لا يأخذ بالشفعة ولا يقضي القاضي بها حتى يحضر الثمن. انظر الشرح الكبير (٣/٢٦٢).

[فوائد] المذهب أن الأخذ بالشفعة نوع بيع؛ لأنه دفع مال لغرض التملك ولهذا اعتبر له العلم بالشقص وبالثمن فلا يصح مع جهالتهما ذكره المصنف وغيره، قال: وله المطالبة بالشفعة مع الجهالة ثم يتعرف مقدار الثمن. الإنصاف(٦/٢٨٤).

(الثانية) قال المصنف وغيره إذا أخذ بالشفعة لم يلزم المشتري تسليم الشقص حتى يقبض الثمن. الإنصاف ٦/٢٨٥.

(الثالثة) لو تسلم الشقص والثمن في الذمة فأفلس فقال المصنف وغيره المشتري مخير بين الفسخ والضرب مع الغرماء بالثمن كالبائع إذا أفلس المشتري.

(٢) قوله: «وما يحط من الثمن إلخ» هذا المذهب؛ لأن حق الشفيع إنما يثبت إذا تم العقد وإنما يستحق بالثمن الذي هو ثابت حال استحقاقه وزمن الخيار بمنزلة حال العقد. الإنصاف (٦/٢٨٥).

(٣) قوله: «وما كان إلخ» أي إذا انقضى الخيار وانبرم العقد فزادا أو نقصا لم يلحق بالعقد؛ لأن الزيادة بعده هبة يعتبر لها شروط الهبة والنقص إبراء مبتدأ ولا يثبت ذلك في حق الشفيع وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: يثبت النقص في حق الشفيع دون الزيادة وإن كان عنده ملحقين بالعقد لأن الزيادة ضرر بالشفيع فلم يملكاها بخلاف النقص، وقال مالك: إن بقي ما يكون ثمنا أخذ به وإن حط الأكثر أخذه بجميع الثمن الأول. الشرح الكبير (٣/٣٦٣).

(٤) قوله: «وإن كان مؤجلا إلخ» هذا المذهب نص عليه وبه قال مالك وإسحاق؛لأن الشفيع يستحق الأخذ بقدر الثمن وصفته والتأجيل من صفته فلو أخذ الشفيع =

ذا مثل[1] وإلا قيمته، وإن اختلفا في قدر الثمن فالقول قول المشتري[2] إلا أن يكون للشفيع بينة، وإن قال المشتري اشتريته بألف وأقام البائع بينة أنه باعه بألفين فللشفيع أخذه بألف[3]، وإن قال المشتري غلطت فهل يقبل قوله مع يمينه؟ على وجهين[4]. وإن ادعى أنك اشتريته بألف قال: بل اتهبته أو ورثته، فالقول قوله مع يمينه، فإن نكل عنها أو قامت للشفيع بينة فله أخذه ويقال للمشتري: إما أن تقبل الثمن وإما أن تبرئ منه، وإن كان عوضا في الخلع أو

= بالأجل ثم مات هو أو المشتري وقلنا يحل الدين بالموت حل الثمن عليه ولم يحل على الحي منهما ذكره المصنف وغيره. انظر الشرح الكبير (٣/٣٦٤).

(١) قوله: «إن كان ذا مثل» أي كالحبوب والأدهان ونحوهما؛لأنهما كالأثمان وهو قول أصحاب الرأي وأصحاب الشافعي،وإن كان مما لا مثل له كالثياب والحيوان فتعتبر قيمته في قول أكثر أهل العلم وبه يقول أصحاب الرأي وأصحاب الشافعي. الشرح الكبير (٣/٢٦٤).
[فائدة] إذا كان الثمن مما تجب قيمته فإنها تعتبر وقت البيع؛ لأنه وقت الاستحقاق ولا اعتبار بعد ذلك بالزيادة والنقص في القيمة، وإن كان فيه خيار اعتبر القيمة حين انقضاء الخيار واستقرار العقد؛ لأنه حين استحقاق الشفعة وبه قال الشافعي.
[فائدة] ذكر الأصحاب أنه لو باعه بصبرة نقد أو جوهرة دفع مثله أو قيمته فإن تعذر فقيمة الشقص؛ لأن الأغلب وقوع العقد على الأشياء بقيمتها، فإن اختلفا في القيمة رجع إلى أهل الخبرة إن كان موجودا وإن كان معدوما قبل قول المشتري فيها.

(٢) قوله: «فالقول قول المشتري» مع يمينه؛ لأنه العاقد فهو أعلم وبه قال الشافعي، فإن أقام كل منهما بينة قدمت بينة الشفيع وبه قال أبو حنيفة ولا يقبل بائع لهما. المبدع (٥/٧٩).

(٣) قوله: «فللشفيع أخذه بألف» بلا نزاع. الإنصاف (٦/٢٨٨).

(٤) قوله: «وإن قال المشتري غلطت إلخ» أحدهما: يقبل قال القاضي: قياس المذهب عندي يقبل قوله كما لو أخبر في المرابحة ثم قال غلطت بل ههنا أولى؛ لأنه قد قامت بينة بكذبه، قال الحارثي: هذا الأقوى، وقد تقدم أن أكثر الأصحاب قبلوا قوله إذا ادعى غلطا في المرابحة وصححه هنا في التصحيح والنظم وقدمه في الرعايتين والحاوي الصغير، والوجه الثاني: لا يقبل قدمه ابن رزين في شرحه وجزم به في الكافي واختاره ابن عقيل وهو المذهب؛ لأنه رجوع عن إقراره بحق الآدمي فلم يقبل كما لو أقر له بدين. انظر الإنصاف (٦/٢٨٨). =

النكاح أو عن دم عمد فقال القاضي يأخذه بقيمته[1]، وقال غيره: يأخذه بالدية ومهر المثل.

فصل

ولا شفعة في بيع الخيار قبل انقضائه نص عليه[2]، ويحتمل أن يجب. وإن أقر البائع

«**فإن نكل عنها**» بفتح الكاف وكسرها لغة حكاها ابن سيده، وغيره أي: نكص.

= [فائدة] إذا اختلفا في الغراس والبناء اللذين في الشقص المشفوع فقال المشتري أنا أحدثته وأنكر الشفيع فقول المشتري بيمينه إلا أن يقيم الشفيع بينة فإن أقاما بينتين قدمت بينة الشفيع ولا تقبل شهادة بائع لواحد منهما لأنه متهم.

على قوله «على وجهين» وقال أبو حنيفة: إن حكم الحاكم عليه بألفين أخذه الشفيع بهما لأن الحاكم إذا حكم عليه بالبينة بطل قوله. الشرح الكبير (٣/٢٦٥).

على قوله: «فالقول قوله» أى مدعي الهبة والإرث. المبدع (٥/٨٠).

(١) قوله: «وإن كان عوضا إلخ» وهو قياس قول ابن حامد وهو الصحيح اختاره ابن عبدوس في تذكرته وصاحب الفائق وصححه في النظم وقدمه في الرعاية الصغرى والحاوي الصغير وقطع به في الهداية. الإنصاف (٦/٢٩٠).

وبه قال مالك وابن شبرمة وابن أبي ليلى؛ لأنه ملك الشقص القابل للشفعة ببدل ليس له مثل فوجب الرجوع إلى قيمته، وقال غير القاضي: يأخذه بالدية ومهر المثل وهو قول العكلي والشافعي؛ لأنه ملك الشقص ببدل ليس له مثل فيجب الرجوع إلى قيمة البدل إذا لم يكن نقداً ولا مثليا. الشرح الكبير (٣/٢٦٩).

(تنبيه) هذا الخلاف مفرع على القول بثبوت الشفعة في ذلك وهو قول ابن حامد وجماعة، وأما على الصحيح من المذهب فلا يأتي الخلاف. الإنصاف (٦/٢٩١).

على قوله: «وإن كان عوضاً في الخلع أو النكاح أو عن دم عمداً» وقلنا بوجوب الشفعة.المبدع (٥/٨١).

(٢) قوله: «ولا شفعة في بيع الخيار إلخ» أى سواء كان خيار شرط ومجلس وهذا المذهب وسواء كان الخيار لهما أو لأحدهما لما في الأخذ من إبطال خياره وإلزام المشتري بالعقد قبل رضاه بالتزامه وإيجاب العهدة عليه وتفويت حقه من الرجوع في عين الثمن إن كان الخيار له وتفويت حق البائع من الرجوع في عين المبيع إن كان الخيار له وقال أبو حنيفة: إن كان الخيار للمشتري وحده ثبتت الشفعة؛ لأن الملك قد انتقل إليه ولا حق لغيره فيه. المبدع (٥/٨١-٨٢).

على قوله: «ويحتمل أن يجب» وحكاه أبو الخطاب تخريجا؛ لأن الملك انتقل. انظر الإنصاف (٦/٢٩١).

بالبيع وأنكر المشتري فهل تجب الشفعة؟ على وجهين[1]. وعهدة الشفيع على المشتري وعهدة المشتري على البائع[2]، فإن أبى المشتري قبض المبيع أجبره الحاكم عليه، وقال أبو الخطاب قياس المذهب أن يأخذه الشفيع من يد البائع، وإذا ورث اثنان شقصا عن أبيهما فباع أحدهما نصيبه فالشفعة بين أخيه وشريك أبيه، ولا شفعة لكافر على مسلم، وهل تجب الشفعة للمضارب على رب المال أو لرب المال على المضارب فيما يشتريه للمضاربة؟ على وجهين.

---

(١) قوله: «وإن أقر البائع إلخ» أحدهما: تجب وهو المذهب وبه قال أبو حنيفة والمزني لأن البائع أقر بحقين حق للشفيع وحق للمشتري فإذا سقط حق المشتري بإنكاره ثبت حق الشفيع كما لو أقر بدار لرجلين فأنكر أحدهما، والوجه الثاني لا تجب ونصره الشريف أبو جعفر، قال الحارثي: وهذا أقوى، وهو قول مالك وابن سريج؛ لأن الشفعة فرع للبيع ولم يثبت فلا يثبت فرعه فعلى المذهب تجب الشفعة بما قال البائع ويأخذ الشفيع الشقص منه أي البائع ويدفع الشفيع إليه الثمن إن لم يكن مقرا بقبضه من المشتري وإن كان مقرا بقبضه من المشتري بقي في ذمة الشفيع إلى أن يدعيه المشتري، وليس للشفيع ولا للبائع محاكمة المشتري ليثبت البيع في حقه لعدم الحاجة إليه.
المبدع (٨٢/٥)، الشرح الكبير (٢٧١/٣).

(٢) قوله: «وعهدة إلخ» هذا بلا نزاع لكن يستثنى من ذلك إذا أقر البائع بالبيع وأنكر المشتري وقلنا بثبوت الشفعة على ما تقدم فإن العهدة على البائع لحصول الملك له من جهته والعهدة فعلة من العهد وهي في الأصل كتاب الشراء وتقدم الكلام عليها في باب الضمان والمراد بها هنا رجوع من انتقل الملك إليه على من انتقل عنه بالثمن أو بالأرش عند استحقاق الشقص أو عيبه فتكون وثيقة للبيع لازمة للمتلقي عنه فتكون عهدة بهذا الاعتبار، فلو علم المشتري العيب عند البيع ولم يعلمه الشفيع عند الأخذ فلا شيء للمشتري وللشفيع الرد وأخذ الأرش على الصحيح من المذهب، وإن علمه الشفيع ولم يعلمه المشتري فلا رد لواحد منهما ولا أرش، وفي الشرح وجه بأن المشتري يأخذ الأرش وهو ما قال القاضي وابن عقيل والسامري فعليه إن أخذه سقط عن الشفيع ما قابله من الثمن تحقيقا لمماثلة الثمن الذي استقر عليه العقد، وإن علماه فلا رد لواحد منهما ولا أرش وفي صورة عدم علمهما إن لم يرد الشفيع فلا رد للمشتري وإن أخذ الشفيع أرشه من المشتري أخذه المشتري من البائع.
انظر المبدع (٨٢/٥)، الإنصاف (٢٩٢/٦). =

باب الوديعة

وهي أمانة لا ضمان عليه فيها[1]إلا بعد أن يتعدى[2] وإن تلفت من بين ماله

باب الوديعة

«**الوديعة**»: فعيلة بمعنى مفعولة، من الودع، وهو: الترك [3]. قال ابن القطاع: ودعت الشيء ودعاً: تركته، وابن السكيت، وجماعة غيره، ينكرون المصدر، والماضي من «يدع» وقد ثبت في «صحيح مسلم» «**لينتهين أقوام عن ودعهم الجمعات**»[4]. وفي «سنن النسائي» من كلام رسول الله ﷺ: «**اتركوا الترك**

= على قوله:«أجبره الحاكم عليه» وهذا المذهب؛ لأن القبض واجب ليحصل حق المشتري في تسليمه. الإنصاف (٦/٢٩٤-٢٩٥)، المبدع (٥/٨٢).

على قوله:« أن يأخذه الشفيع من يد البائع» واختاره المصنف وقال: هو قياس المذهب قال الحارثي: وهو الأصح؛ لأن الأصح لزوم العقد في بيع العقار قبل قبضه وجواز التصرف فيه بنفس العقد. المبدع (٥/٨٣)، الإنصاف (٦/٢٩٥).

على قوله:«ولا شفعة لكافر على مسلم» وتثبت للكافر على كافر سواء كان البائع مسلماً أو كافراً وهذا المذهب. المبدع (٥/٨٣).

على قوله:«على وجهين» ذكر المصنف هنا مسألتين: إحداهما: هل تجب الشفعة للمضارب على رب المال أم لا مثاله أن يكون المضارب شقص فيما تجب فيه الشفعة ثم يشتري من مال المضاربة شقصاً من شركة المضارب فهل تجب للمضارب شفعة فيما اشتراه من مال المضاربة؟ فيه وجهان؛ أحدهما: لا تجب لمضارب على رب المال إن ظهر ربح لأنه يصير له جزء من مال المضاربة فلا تثبت له على نفسه وإن لم يظهر ربح؛ وجبت الشفعة؛ لأنه أجنبي وهذا المذهب، المسألة الثانية: هل تجب الشفعة لرب المال على المضارب فيما يشتريه للمضاربة؟ مثاله أن يشتري المضارب بمال المضاربة شقصاً في شركة رب المال، والصحيح من المذهب أنها لا تجب الشفعة؛ لأن الملك لرب المال فلا يستحق الشفعة على نفسه. المبدع (٥/٨٤).

(١) قوله:«وهى أمانة إلخ» لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «من أودع وديعة فلا ضمان عليه» رواه ابن ماجه. المبدع (٥/٨٥).

(٢) قوله:«إلا أن يتعدى» أى فيضمنها بغير خلاف علمناه. انظر المبدع (٥/٨٦).

(٣) انظر القاموس المحيط (٣/٩٥)، الصحاح للجوهري (٣/١٢٩٦).

(٤) أخرجه مسلم (٢/٥٩١) ح (٨٦٥)، وابن حبان في صحيحه (٧/٢٥) ح (٢٧٨٥)، وأبو نعيم في مستخرجه على مسلم (٢/٤٥٣) ح (١٩٤٨)، والبيهقي في الكبرى (٣/١٧١) ح (٥٣٦٠)، والنسائي في الكبرى (١/٥١٦) ح (١٦٥٨)، والإمام أحمد في مسنده (١/٢٣٩) ح (٢١٣٢).

لم يضمن في أصح الروايتين[1]، ويلزمه حفظها في حرز مثلها[2] فإن عين صاحبها حرزاً فجعلها في دونه ضمن[3]، وإن أحرزها بمثله أو فوقه لم يضمن[4] وقيل يضمن إلا أن يفعله لحاجة، وإن نهاه عن إخراجها فأخرجها

ما تركوكم، ودعوا الحبشة ما ودعوكم»[5] فكأنها سميت وديعة، أي: متروكة عند المودع. وأودعتك الشيء: جعلته عندك وديعة، وقبلته منك وديعة، فهو من الأضداد.

---

(١) قوله:((وإن تلفت من بين ماله إلخ)) أى إذا لم يتعد وهذا المذهب وهو قول أكثر أهل العلم منهم روي ذلك عن أبي بكر وعلي وابن مسعود وبه قال شريح والنخعي ومالك وأبو الزناد والثورى والشافعي وأصحاب الرأي لما ذكرنا؛ ولأن المستودع مؤتمن فلم يضمن ما تلف من غير تعديه وسواء ذهب معها شيء من ماله أو لا . والثانية: يضمن إذا تلفت من بين ماله لما روى سعيد حدثنا هشيم قال أخبرنا حميد الطويل عن أنس –رضى الله عنه– أن عمر –رضى الله عنه– ضمنه وديعة ذهبت من بين ماله، والأولى أصح قال القاضي: لأن الضمان ينافي الأمانة وحديث عمر –رضى الله عنه– محمول على التفريط من أنس. الشرح الكبير (١٣٩/٤).

[تنبيه] إذا شرط المودع على المستودع ضمان الوديعة فقبله لم يضمن وكذلك كل ما كان أصله الأمانة كالمضاربة ومال الشركة والرهن وبه قال الثوري وابن المنذر. الشرح الكبير (١٣٩/٤).

(٢) قوله:((ويلزمه إلخ)) أى عرفاً كالسرقة على ما يأتي وكما يحفظ ماله هذا إذا لم يعين صاحبها حرزاً. المبدع (٨٦/٥).

(٣) قوله:((وإن عين إلخ)) هذا المذهب مطلقا يعني إذا عين صاحبها حرزاً فجعلها في دونه ضمن سواء ردها إليه أو لا لأنه خالفه في حفظ ماله ومقتضاه أنه حفظها فيما عينه ولم يخش عليها فلا ضمان عليه بغير خلاف فإنه ممتثل غير مفرط. المبدع (٨٦/٥)، الإنصاف (٣٠٠/٦).

(٤) قوله:((فإن أحرزها إلخ)) هذا الصحيح من المذهب وكذلك إن نقلها إلى مثل ذلك الحرز لغير حاجة وهذا مذهب الشافعي؛ لأن تقييده بهذا الحرز يقتضي ما هو مثله كمن اكترى أرضا لزرع الحنطة فله زرعها وزرع مثلها في الضرر. المبدع (٨٦/٥)، الإنصاف (٣٠١/٦).

على قوله:((وقيل يضمن)) وهو ظاهر الخرقي وحكاه في التبصرة رواية؛ لأنه خالف أمره. المبدع (٨٦/٥)، الإنصاف (٣٠١/٦).

على قوله:((إلا أن يفعله لحاجة)) كما لو خاف عليها من سيل أو حريق؛ لأنه لا يعد مفرطاً. المبدع (٨٦/٥-٨٧).

(٥) الحديث بتقديم ((دعوا الحبشة ما ودعوكم))، أخرجه: أبو داود (١١٢/٤) ح (٤٣٠٢) والبيهقي في الكبرى (١٧٦/٩)، والنسائي في الكبرى (٢٨/٣)، ح (٤٣٨٥).

لغشيان شيء الغالب منه التوى لم يضمن[١]، وإن تركها فتلفت ضمن[٢] وإن أخرجها لغير خوف ضمن[٣]، فإن قال لا تخرجها ولو خفت عليها فأخرجها عند الخوف أو تركها لم يضمـــن[٤]، ولو أودعه بهيمة فلم يعلفها حتى ماتت ضمن[٥]

((**حرز**)) الحرز بكسر الحاء: المكان الحصين.

((**لغشيان شيء الغالب منه التوى**)) الغشيان: مصدر غشي الشيء غشيانا: نزل.

((**والتوى مقصورا**)): هلاك المال، ويقال: توي المال بالكسر يتوي توى وأتواه غيره، وهذا مال تو[٦].

((**فلم يعلفها**)) بفتح الياء وضمها، لغة حكاها ابن القطاع، يقال: علف الدابة، وأعلفها.

---

(١) قوله:((وإن نهاه عن إخراجها إلخ)) هذا المذهب وعليه الأصحاب ولا أعلم فيه خلافاً؛ لأن حفظها ونقلها وتركها تضييع لها لكن إذا أخرجها فلا يحرزها إلا في حرز مثلها أو فوقه فإن تعذر والحالة هذه ونقل إلى أدنى فلا ضمان ذكره المصنف في المغني واقتصر عليه الحارثي؛ لأنه إذا أحفظ وليس في الوسع سواه. قلت فيعايا بها. المبدع (٥/٨٧).

على قوله:((التوى)) أى الهلاك. المبدع (٥/٨٧).

(٢) قوله:((وإن تركها إلخ)) هذا المذهب سواء تلفت بالأمر المخوف أو بغيره؛ لأنه يلزمه إخراجها والحالة هذه، وقيل: لا يضمن؛ لأنه امتثل أمر صاحبها. المبدع (٥/٨٧)، الإنصاف (٦/٣٠١).

(٣) قوله:((وإن أخرجها إلخ)) أى سواء أخرجها إلى مثل الحرز أو دونه أو فوقه وهذا ظاهر كلام الشافعي؛ لأنه خالف نص صاحبها لغير فائدة، وقيل لا يضمن كما لو لم يعين له حرزاً، وقال أبو حنيفة: إن نهاه عن نقلها من بيت فنقلها إلى بيت آخر من الدار لم يضمن؛ لأن البيتين من دار واحدة وطريق أحدهما طريق الآخر فأشبه ما لو نقلها من زاوية إلى زاوية. الشرح الكبير (٤/١٤٠).

(٤) قوله:((وإن قال إلخ)) هذا المذهب لأنه إذا أخرجها فقد زاده خيراً بحفظها وإن تركها فلا شيء عليه؛ لأن صاحبها صرح له بتركها مع الخوف فكأنه رضي بإتلافها وظاهره أنه إذا أخرجها من غير خوف أنه يضمن وهو صحيح. المبدع (٥/٨٧).

[فائدة] إذا أخرج الوديعة المنهب عن إخراجها فتلفت فادعى أنه أخرجها لغشيان شيء الغالب منه الهلاك وأنكر صاحبها وجوده فعلى المستودع البينة إن كان مما لا يتعذر إقامة البينة عليه لظهوره ويقبل قوله:في التلف مع يمينه. المبدع (٥/٨٧).

(٥) قوله:((ولو أودعه إلخ)) هذا المذهب؛ لأن العلف من كمال الحفظ بل هو الحفظ بعينه؛ لأن العرف يقتضى علفها وسقيها فكأنه مأمور به عرفاً ولو أمره بعلفها لزمه ذلك مطلقاً على الصحيح من المذهب وقيل مع قبوله. انظر المبدع (٥/٨٧)، الإنصاف (٦/٣٠٣).

(٦) انظر القاموس المحيط للفيروزآبادي (٤/٣٠١)، لسان العرب (١/٤٥٨)- [توى].

إلا أن ينهاه المالك عن علفها [(١)]، فإن قال: اترك الوديعة في جيبك فتركها في كمه ضمن، وإن قال: اتركها في كمك فتركها في جيبه لم يضمن، فإن تركها في يده احتمل وجهين، وإن دفع الوديعة إلى من يحفظ ماله كزوجته وعبده لم يضمن، وإن دفعها إلى أجنبي أو حاكم ....

«**في جيبك**» قال الجوهري: الجيب للقميص، تقول: جبت القميص أجُوبُه، وأُجيبُه، إذا قورت جيبه [(٢)]، والمراد هنا: المجعول في القباء ونحوه شبه الوعاء، و لم أره في شيء من كتب اللغة بهذا المعنى. والله أعلم.

---

(١) قوله: «إلا أن ينهاه إلخ» أي لأنه أذن في إتلافها لكن إذا نهاه فتركه أثم لحرمة الحيوان. المبدع (٥/٨٨).

[فوائد] إذا كان إنفاقه عليها بإذن ربها فلا كلام، وإن تعذر إذنه فأنفق بإذن حاكم رجع به، وإن كان بغير إذنه فإن كان مع تعذره وأشهد على الإنفاق فله الرجوع، وإن كان مع إمكان إذن الحاكم و لم يستأذنه لم يرجع على الصحيح من المذهب، وقيل: يرجع وصححه الحارثي وغيره وجزم به في المنتخب قال في الإنصاف وهو الصواب. الإنصاف (٦/٣٠٤).

(الثانية) لو خيف على الثوب العث وجب عليه نشره فإن لم يفعل وتلف ضمن.

(الثالثة) لو جاءه إلى السوق وأمره بحفظها في بيته فتركها عنده إلى مضيه إلى منزله ضمن على المذهب، وقيل: لا يضمن، والحالة هذه وهو احتمال في المغني ومال إليه، قال الحارثي: وهذا الصحيح، قال في الفروع: وهو أظهر، قال في الإنصاف: وهو الصواب. الإنصاف (٦/٣٠٦).

(الرابعة) لو دفعها إليه وأطلق و لم يعين موضعا فتركها في يده أو جيبه أو شدها في كمه أو تركها في وسطه وشد عليها سراويله لم يضمن وهذا المذهب. الإنصاف (٦/٣٠٦).

(الخامسة) إذا قال اتركها في بيتك فشدها في ثيابه وأخرجها معه ضمن؛ لأن البيت أحرز.

على قوله: «لم يضمن» هذا المذهب الإنصاف (٦/٣٠٥).

على قوله: «احتمل وجهين» أحدهما: لا يضمن قال الحارثي: وهو الأظهر عند القاضي وابن عقيل وجزم به في الوجيز، والثاني: يضمن وهو الصحيح؛ لأن اليد يسقط منها الشيء بالنسيان. المبدع (٥/٨٨)، الإنصاف (٦/٣٠٥).

على قوله: «لم يضمن» هذا المذهب نص عليه، وبه قال أبو حنيفة، وقال الشافعي يضمن؛ لأنه سلم الوديعة إلى من لم يرض به صاحبها، ولنا أنه حفظها بما يحفظ به ماله أشبه ما إذا حفظها بنفسه. انظر الشرح الكبير (٤/١٤٣).

(٢) انظر لسان العرب (١/٧٣٦) – [جيب].

ضمن[1] وليس للمالك مطالبة الأجنبي، وقال القاضي: له ذلك، وإن أراد سفرا أو خاف عليها عنده ردها إلى مالكها، فإن لم يجده حملها معه إن كان أحفظ لها وإلا دفعها إلى الحاكم، فإن تعذر ذلك أودعها ثقة أو دفنها وأعلم بها ثقة يسكن تلك الدار، فإن دفنها و لم يعلم بها أحدا أو أعلم بها من لا يسكن الدار ضمنها، وإن تعدى فيها فركب الدابة لغير نفعها ولبس الثوب وأخرج الدراهم لينفقها

---

(١) قوله:((وإن دفعها إلى أجنبي إلخ)) إذا أودع المودع (بفتح الدال الوديعة) لأجنبي أو حاكم فلا يخلو إما أن يكون لعذر أو غيره، فإن كان لعذر جاز على الصحيح من المذهب، فإن كان لغير عذر لم يجز ويضمن على الصحيح من المذهب، وقال ابن أبي ليلي لا ضمان عليه لأن عليه حفظها وإحرازها وقد حفظها عند غيره وأحرزها؛ ولأنه يحفظ ماله بإيداعه فإذا أودعها فقد حفظها بما يحفظ ماله؛ ولنا أنه خالف المودع فضمنها كما لو نهاه عن إيداعها فإنه أمره بحفظها بنفسه و لم يرض لها غيره فعلى المذهب إن كان الثاني عالماً بالحال استقر الضمان عليه وللمالك مطالبته بلا نزاع، وإن كان جاهلا لم يلزمه وقدم المصنف هنا أنه ليس له مطالبته أي تضمينه وهو اختيار القاضي في المجرد وابن عقيل في الفصول وقدمه في الهداية والمستوعب والخلاصة والمغني والشرح والفائق واختاره الشيخ تقي الدين وهو مذهب أبي حنيفة؛ لأنه قبض قبضا موجباً للضمان على الأول فلم يوجب ضماناً على الآخر. الشرح الكبير (٤/١٤٦-١٤٤).

[تنبيهان] ظاهر قوله:فإن لم يجده حمله معه إن كان أحفظ أن له السفر بها بشرطه ولا يضمن وهو صحيح وهو المذهب، وقال القاضي في رءوس المسائل: يضمن، وقال الشافعي: إن سافر بها مع القدرة على صاحبها أو وكيله أو الحاكم أو أمين ضمن واختاره المصنف . الإنصاف (٦/٣١٠).

(الثاني) ظاهر كلام المصنف أنه إذا استوى عنده الأمران في الخوف مع الإقامة والسفر أنه لا يحملها معه وهو أحد الوجهين وظاهر النص، قال في الإنصاف: وهو الصواب. الإنصاف (٦/٣١٠).

على قوله:((ضمن)) وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة. الشرح الكبير (٤/١٤٣-١٤٤).

على قوله:((ردها إلى مالكها)) وكذا إلى وكيله في قبضها إن كان.المبدع (٥/٨٩).

على قوله:((حملها معه)) ظاهر كلامه هنا أنه إذا كان أو وكيله أنه لا يحملها إلا بإذن فإن فعل ضمن وهو أحد الوجهين، قال في الإنصاف: وهو الصواب. والوجه الثاني: له السفر بها إن كان أحفظ و لم ينهه وهو المذهب نص عليه. الإنصاف (٦/٣٠٩-٣١٠).

على قوله:((إن كان أحفظ لها)) مراده إذا لم ينهه عن حملها معه.المبدع (٥/٩٠).

على قوله:((و لم يعلم بها أحدا)) ضمن لأنه فرط في الحفظ فإنه قد يموت في سفره فلا تصل إلى صاحبها. انظر المبدع (٥/٩٠). =

ثم ردها[1] أو جحدها ثم أقر بها أو كسر ختم كيسها[2] أو خلطها بما لا تتميز منه ضمنها[3]، وإن خلطها بمتميز أو ركب الدابة ليسقيها لم يضمن، وإن

= على قوله:((من لا يسكن الدار)) أي من لا يدله على المكان. المبدع (٥/٩٠).
على قوله:((ضمنها)) لأنه لم يودعها إياه. المبدع ٥/٩٠.

(١) قوله:((وإن تعدى إلى قوله ثم ردها)) أي ضمنها على الصحيح من المذهب وهو قول الشافعي، وقال أبو حنيفة: يبرأ؛ لأنه ممسك لها بإذن مالكها فأشبه ما قبل التعدي، ولنا أنه ضمنها بعدوان فبطل الاستئمان كما لو جحدها ثم أقر بها وهذا يبطل ما ذكروه. الشرح الكبير (٤/١٤٥).
على قوله:((وأخرج الدراهم لينفقها ثم ردها)) ضمن لتصرفه في مال غيره بغير إذنه. المبدع (٥/٩٠-٩١).

(٢) قوله:((أو كسر ختم إلخ)) أي أو كانت مشدودة فحل الشد ضمن سواء أخرج منها شيئاً أو لم يخرج وهذا المذهب؛ لأنه هتك الحرز بفعل تعدى به، وعنه لا يضمن إذا كسر ختم كيسها أو حله وبه قال أبو حنيفة؛ لأنه لم يتعد في غيره. المبدع (٥/٩١)، الشرح الكبير (٤/١٤٥).
على قوله:((أو كسر ختم كيسها)) أو كانت مشدودة فأزال الشد أو مقفولة فأزاله وسواء أخرجه منه أو لا. المبدع (٥/٩١).

(٣) قوله:((أو خلطها إلخ)) إذا خلط الوديعة بما لا يتميز من ماله أو مال غيره ضمنها سواء خلطها بمثلها أو دونها أو أجود من جنسها أو غيره وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي، وقال ابن القاسم: إن خلط دراهم بدراهم على وجه الحرز لم يضمن، وحكي عن مالك لا يضمن إلا أن يكون دونها؛ لأنه لا يمكنه ردها إلا ناقصة، وقال الحارثي عن أحمد رحمه الله تعالى: لا يضمن بخلط النقود، فعلى هذه الرواية لو تلف بعض المختلط بغير عدوان جعل التلف كله من ماله وجعل الباقي من الوديعة نص عليه. انظر الشرح الكبير (٤/١٤٥-١٤٦).
[فائدة] لو اختلطت الوديعة بغير فعله ثم ضاع البعض جعل من مال المودع في ظاهر كلامه، ذكره المجد في شرحه وذكره القاضي في الخلاف أنهما شريكان، قال المجد: ولا يبعد. الإنصاف (٦/٣١٤).
على قوله:((بما لا تتميز منه)) كزيت بزيت ودراهم بدراهم. المبدع (٥/٩١).
على قوله:((بمتميز)) كدراهم بدنانير لم يضمن في الأصح وهما في الشرح بغير خلاف نعلمه وعنه يضمن. المبدع (٥/٩١). على قوله:((ضمنه وحده)) هذا الصحيح من المذهب، وبه قال الشافعي، وقال مالك لا ضمان عليه إذا رده أو مثله وقال أصحاب الرأي: إن لم ينفق ما أخذه ورده لم يضمن فإن أنفقه ثم رده أو مثله ضمن. الشرح الكبير (٤/١٤٦).
على قوله:((ضمن الجميع)) وهو المذهب لخلطه الوديعة بما لا يتميز. المبدع (٥/٩٢)، الإنصاف (٦/٣١٥).
على قوله:((ويحتمل أن لا يضمن غيره)) وهو مقتضى كلام الخرقي وقطع به القاضي في التعليق =

أخذ درهما ثم رده فضاع الكل ضمنه وحده، وعنه يضمن الجميع، وإن رد بدله متميزاً فكذلك، وإن كان غير متميز ضمن الجميع، ويحتمل أن لا يضمن غيره، وإن أودعه صبي وديعة ضمنها و لم يبرأ إلا بالتسليم إلى وليه[1]، وإن أودع الصبي وديعة فتلفت بتفريطه لم يضمن، وإن أتلفها لم يضمن[2]، وقال القاضي: يضمن، وإن أودع عبدا وديعة فأتلفها ضمنها في رقبته.

= وحكي عنه في رواية الأثرم أنه أنكر القول بتضمين الجميع وأنه قال: هو قول سوء، وقطع به ابن أبي موسى والقاضي أبو الحسين وأبو الحسن بن بكروس وغيرهم واختاره أبو بكر وقدمه الحارثي في شرحه، وقال: هو المذهب، وإليه مال في المغني وشرطها كما جزم به في المغني والشرح إذا كانت غير مشدودة ولا مختومة فإن كانت كذلك ضمن الجميع لهتك الحرز وهذا المذهب. المبدع (٥/٩٢)، الإنصاف (٦/٣١٥-٣١٦).

(١) قوله: «وإن أودعه صبي إلخ» وجملته أنه لا يصح الإيداع إلا من جائز التصرف فإن أودع طفل أو معتوه إنساناً وديعة ضمنها بقبضها؛ لأنه أخذ ماله بغير إذن شرعي ولا يزول الضمان بردها إليه وإنما يزول بدفعها إلى وليه الناظر في ماله فإن كان الصبي مميزاً و لم يكن مأذوناً له فكذلك وإن كان مأذوناً له صح إيداعه فيما أذن له فيه. المبدع (٥/٩٢).

(٢) قوله: «وإن أودع الصبي إلخ» وكذلك المعتوه وهذا الصحيح من المذهب؛ لأن مالكها قد فرط في تسليمها إليه وكذا إن أتلفها أو أكلها، قال في الشرح: فإن أتلفها أو أكلها ضمنها في قول القاضي وظاهر مذهب الشافعي ومن أصحابنا من قال: لا ضمان عليه وهو قول أبي حنيفة؛ لأنه سلطه على إتلافها بدفعها إليه ألا ترى أنه لو دفع إلى صغير سكيناً فوقع عليها كان ضمانه على عاقلته، ولنا أن ما يضمن بإتلافه قبل الإيداع يضمن بعده كالبالغ ولا يصح قوله إنه سلطه على إتلافها وإنما استحفظه إياها وفارق دفع السكين فإنه سبب للإتلاف ودفع الوديعة بخلافه انتهى. قال في الإنصاف: وقيل إتلافه موجب للضمان كالرشيد قطع به القاضي في المجرد وصاحب التخليص قال الحارثي وهو أقرب قلت وهو الصواب. المبدع (٥/٩٢-٩٣)، الإنصاف (٦/٣١٨)، الشرح الكبير (٤/١٤٧).

[فائدة] إذا مات الرجل وثبت أن عنده وديعة لم توجد بعينها فهي دين عليه تغرم من تركته فإن كان عليه دين سواها أداهما سواء وفت تركته بهما وإلا اقتسماه بالحصص وبه قال الشعبي والنخعي وداود بن أبي هند ومالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه وإسحاق. الشرح الكبير (٤/١٤٨).

على قوله: (ضمنها في رقبته» وهذا المذهب. انظر الإنصاف (٦/٣١٩).

فصل

والمودع أمين، والقول قوله فيما يدعيه من رد وتلف[1] وإذن في دفعها إلى إنسان وما يدعي عليه من خيانة وتفريط[2]، وإن قال لم تودعني ثم أقر بها أو ثبتت ببينة فادعى الرد أو التلف لم يقبل[3] وإن أقام به بينة، ويحتمل أن تقبل

---

(١) قوله: «والمودع أمين إلخ» إذا ادعى المستودع تلف الوديعة فالقول قوله بغير خلاف وقال أكثرهم مع يمينه وهو المذهب، وإن ادعى ردها إلى صاحبها فالقول قوله مع يمينه بغير بينة، وبه قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي وإسحاق وعنه يقبل قوله إن كان دفعها إليه بغير بينة وإلا وجبت وبه قال مالك ولنا أنه أمين لا منفعة له في قبضها. الشرح الكبير (١٤٨/٤).

[تنبيه] محل هذا إذا لم يتعرض لذكر سبب التلف فإن تعرض لذكر سببه فإن أبدى سبباً خفياً من سرقة أو ضياع ونحوه قبل أيضاً ذكره الأصحاب وإن أبدى سبباً ظاهراً من حريق منزل أو غرفة أو هجوم غارة ونحو ذلك فالصحيح من المذهب أنه لا يقبل قوله إلا ببينة بوجود ذلك السبب في تلك الناحية. انظر الإنصاف (٣٢٠/٦).

[فائدة] لو منع المودع بفتح الدال صاحب الوديعة منها أو مطله بلا عذر ثم ادعى تلفاً لم يقبل إلا ببينة لخروجه بذلك عن الأمانة. الإنصاف (٣٢١/٦).

(٢) قوله: «وإذن إلخ» يعني إذا قال المودع بفتح الدال أذنت لي في دفعها إلى فلان فدفعتها فأنكر الإذن فالقول قول المودع بفتح الدال على الصحيح من المذهب نص عليه وهو من مفردات المذهب، وقيل: لا يقبل قاله الحارثي وهو قوي أي لأن الأصل عدم الإذن وله تضمينه، ولنا أنه ادعى دفعاً بداية من الوديعة فكان القول قوله كما لو ادعى ردها على مالكها. ولو اعترف بالإذن وأنكر الدفع قبل قول المستودع في المنصوص ثم ينظر في المدفوع إليه إن أقر بالقبض وكان الدفع في دين برئ الكل فإن أنكر قبل قوله مع يمينه، وذكر أصحابنا أن الدافع يضمن لكونه قضى الدين بغير بينة. الشرح الكبير (١٤٩/٤)، المبدع (٩٣/٥-٩٤)، الإنصاف (٣٢١/٦).

(٣) قوله: «وإن قال لم تودعني إلخ» مراده إذا ادعى الرد أو التلف قبل جحوده بأن يدعي عليه الوديعة يوم الجمعة فينكرها ثم يقر أو تقوم بينة بها فيقيم بينة بأنها تلفت أو ردها يوم الخميس أو قبله فالمذهب في هذا كما قال المصنف من أنه لا يقبل قوله ولا بينته نص عليه وبه قال مالك والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي لأنه مكذب لإنكاره الأول ومعترف على نفسه بالكذب المنافي للأمانة ويحتمل أن تقبل بينته قال الحارثي وهو المنصوص من رواية أبي طالب وهو الحق، وقال هذا المذهب عندي ولأن صاحبها لو أقر بذلك سقط عنه الضمان ولعدم التهمة والكذب الصادر منه لا يمنع من إظهار الحق وأما إن ادعى الرد أو التلف بعد جحوده بأن يدعى عليه يوم الجمعة فينكر ثم يقر أو تقوم بينة بها ثم يقيم بينة بتلفها أو ردها يوم السبت أو بعده =

بينته، وإن قال مالك عندي شيء قبل قوله في الرد والتلف[1]. وإن مات المودع وادعى وارثه الرد لم يقبل إلا ببينة[2]، وإن تلفت عنده قبل إمكان ردها لم يضمنها[3]، وبعده يضمنها في أحد ....

= فهذا تقبل منه البينة بالرد قولا واحداً ويقبل في التلف على الصحيح من المذهب، وقيل: لا تقبل، وهو ظاهر كلام المصنف هنا وأبي الخطاب وجماعة لأنهم أطلقوا قال في الإنصاف وهو الصواب. الشرح الكبير (١٤٩/٤)، المبدع (٩٤/٥).

(١) قوله:« وإن قال مالك إلخ» مثاله أن تقوم بينة بالإيداع أو يقر به المودع بعد قوله ما لك عندي شيء أو لا حق لك علي ثم قال ضاعت من حرزي كان القول قوله مع يمينه ولا ضمان عليه، لأن قوله لا ينافي ما شهدت به البينة ولا يكذبها فإن من تلفت الوديعة من حرزه بغير تفريطه لا شيء لمالكها عنده وهذا المذهب، لكن إن وقع التلف بعد الجحود وجب الضمان لاستقرار حكمه بالجحود. انظر المبدع (٩٤/٥)، الإنصاف (٣٢٤/٦).

(٢) قوله:«وإن مات إلخ» أي بلا نزاع؛ لأن صاحبها لم يأتمنه عليها فلم يقبل قوله عليه بخلاف المودع فإنه ائتمنه ولو ادعى الوارث أن مورثه ردها لم يقبل أيضاً إلا ببينة وكذا لو ادعى التلف في يد مورثه. المبدع (٩٥/٥)، الإنصاف (٣٢٤/٦).

[فوائد] إذا حصل في يده أمانة بدون رضا صاحبها وجبت المبادرة إلى ردها مع العلم بصاحبها والتمكن منه ودخل في ذلك اللقطة وكذا الوديعة والمضاربة والرهن ونحوها إذا مات المؤتمن وانتقلت إلى وارثه وكذا لو أطارت الريح ثوباً إلى داره لغيره وكذا حكم الأمانات إذا فسخها المالك كالوديعة والوكالة والشركة والمضاربة يجب الرد على الفور لزوال الائتمان وسواء كان الفسخ في حضرة الأمين أو غيبته. الإنصاف (٣٢٦/٦).

(الثانية) تثبت الوديعة بإقرار الميت أو ورثته أو ببينة وإن وجد خط مورثه: عندي لفلان وديعة، أو على كيس: هذا لفلان. عمل به وجوباً على الصحيح من المذهب وقيل لا يعمل به وتكون تركة اختاره القاضي في المجرد وابن عقيل والمصنف وقدمه الشارح ونصره، قال: لجواز أن يكون الوعاء فيه وديعة قبل هذه وإن وجد خطه بدين له على فلان حلف الوارث ودفع إليه قطع به في المغني والشرح والفروع وإعلام الموقعين وإن وجد خطه بدين عليه لمعين عمل به ودفع إلى من هو مكتوب باسمه. الإنصاف (٣٢٦/٦).

(الثالثة) لو دفع الوديعة إلى من يظنه صاحبها ثم تبين خطأه ضمنها لتفريطه. الإنصاف (٦/ ٣٢٨).

(الرابعة) لو أكره على دفع الوديعة لغير ربها لم يضمن قاله الأصحاب. الإنصاف (٣٢١/٦).

(الخامسة) لو أمره برد الوديعة إلى وكيله فتمكن وأبى ضمن والصحيح من المذهب ولو لم يطلبها وكيله. الإنصاف (٣٣٤/٦).

(السادسة) لو أخر مال أمر بدفعه بلا عذر ضمن كما تقدم نظيره في الوديعة وهذا الصحيح من المذهب. انظر الإنصاف ٣٣٤/٦.

(٣) على قوله:«لم يضمنها» بلا نزاع؛ لأنه لا تفريط منه. المبدع (٩٥/٥)، الإنصاف (٣٢٥/٦).

الوجهين[1]، وإذا ادعى الوديعة اثنان[2] فأقر بها لأحدهما فهي له مع يمينه[3]، ويحلف المودع أيضاً، وإن أقر بها لهما فهي لهما ويحلف لكل واحد منهما، فإن قال لا أعرف صاحبها حلف أنه لا يعلم ويقرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف وأخذها، وإن أودعه اثنان مكيلا أو موزونا فطلب أحدهما نصيبه سلمه إليه، وإن غصبت العين فهل للمودع المطالبة بها؟ على وجهين[4].

باب إحياء الموات

وهى الأرض الدائـــرة التي لا يعلم أنها ملكت؛ فإن كان فيها آثار الملك ولا يعلم لها مالك فعلى روايتين، ومن أحيا أرضا ميتـــة فهي له مسلما كان أو كافرا[5]

باب إحياء الموات

«**الموات، والميتة، والموتان**» بفتح الميم والواو، وهي: الأرض الدارسة، كذا ذكره في «المغني» وقال الفراء: الموتان من الأرض: التي لم تحيا بعد، وقال الأزهري: يقال للأرض التي ليس لها مالك، ولا بها ماء، ولا عمارة، ولا ينتفع بها إلا أن يجري إليها ماء، أو يستنبط فيها عين، أو يحفر بئر: موات، وميتة، وموتان بفتح الميم والواو.

«**الداثرة**» أي: الدارسة، والدثور: الدروس، ومنه دثر الرسم.

«**أرضاً ميتة**» يقال: ميتة وميتة بالتخفيف والتشديد فيهما، أنشد الجوهري مستشهداً على اللغتين بقول الشاعر:

ليس من مات فاستراح بميت ... إنما الـــميْتُ مَـــيتُ الأحياء

---

(١) على قوله:«في أحد الوجهين» وهو المذهب لتأخر ردها مع إمكانه. المبدع (٥/٩٥)، الإنصاف (٦/٣٢٨).

(٢) على قوله:«وإذا ادعى الوديعة اثنان» أى ادعى كل منهما أنه الذي أودعها ولا بينة. المبدع (٥/٩٦)، الإنصاف (٦/٣٢٨).

(٣) على قوله:«فهي له مع يمينه» بلا نزاع. الإنصاف (٦/٣٢٨).

(٤) على قوله:«على وجهين» أحدهما له المطالبة وهو المذهب؛ لأنه مأمور بحفظها وحكم المضارب والمرتهن والمستأجر إذا غصب منهم ما بأيديهم كذلك. انظر المبدع (٥/٩٧).

(٥) على قوله:«أو كافراً» أى ذمياً على الصحيح من المذهب، وأما أهل الحرب فظاهر كلام المصنف أنهم كأهل الذمة، والصحيح من المذهب أنه لا يملكه بالإحياء وهو ظاهر كلامه في المغني والشرح. المبدع (٥/٩٩).

بإذن الإمام وغير إذنه[1] في دار الإسلام وغيرها، إلا ما أحياه مسلم من أرض الكفار التي صولحوا عليها وما قرب من العامر وتعلق بمصالحه[2] لم تملك بالإحياء[3]، وإن لم يتعلق بمصالحه فعلى روايتين[4]. ولا تملك المعادن الظاهرة كالملح والقار والنفط والكحل والجص بالإحياء[5]، وليس للإمام إقطاعه [6]، فإن كان بقرب الساحل موضع إذا حصل فيه الماء صار ملحا ملكه بالإحياء وللإمام إقطاعه، وإذا ملك المحيي ملكه بما فيه من المعادن الباطنة كمعادن الذهب والفضة[7]، وإن ظهر فيه عين ماء أو معدن جار أو كلأ أو شجر فهو أحق به، وهل يملكه؟ على روايتين[8]. وما فضل من مائه لزمه بذله لبهائم

«**والجص**» الجص: بكسر الجيم وفتحها: ما يبنى به، وهو معرب، عن الجوهري.

---

(١) على قوله: «وغير إذنه» على الصحيح من المذهب. الإنصاف (٦/٣٤٠).

(٢) على قوله: «وتعلق بمصالحه» كطرقه وفنائه ومسيل مائه ومطرح قمامته وملقى ترابه وآلاته ومرعاه ومحتطبه وحريم البئر والنهر ومرتكض الخيل ومدفن الأموات ومناخ الإبل ونحوه. المبدع (٥/١٠٠).

(٣) على قوله: «لم تملك بالإحياء» وهذا المذهب. المبدع (٥/١٠٠).

(٤) على قوله: «فعلى روايتين» أنصهما وأشهرهما وهي المذهب تملك بالإحياء. المبدع (٥/١٠٠).

(٥) على قوله: «ولا تملك المعادن الظاهرة- إلى قوله – بالإحياء» لما روى عمرو بن عوف المزني عن أبيض بن حمال أنه وفد إلى النبي ﷺ فاستقطعه الملح فقطع له فلما ولى قال رجل: أتدرى ما اقتطعت له إنما اقتطعت له الماء العد وسأله أن يحمي له عما يحمي من الأراك قال: ما لم تنله خفاف الإبل رواه الترمذي.

(٦) على قوله: «وليس للإمام إقطاعه» بغير خلاف علمناه. المبدع (٥/١٠١).

(٧) قوله: «وإذا ملك المحيي إلخ» إذا ملك الأرض بالإحياء ملكها بما ظهر فيها من المعادن ظاهرا كان أو باطناً قاله الأصحاب لأنه ملك الأرض بجميع أجزائها وطبقاتها وهذا منها. المبدع (٥/١٠١-١٠٢).

(٨) قوله: «وإن ظهر فيه عين ماء إلخ» إذا ظهر فيه عين ماء فهو أحق بها وهل يملكه فيه روايتان؛ إحداهما: لا يملك وهو الصحيح من المذهب وكذا إذا ظهر فيه معدن جار فهو أحق به ولا يملكه وكذا إن ظهر كلأ أو شجر. المبدع (٥/١٠٢).

غيره[١]، وهل يلزمه بذله لزرع غيره؟ على روايتين[٢].

فصل

وإحـــياء الأرض أن يحـــوزها بحائط[٣] أو يجري لها ماء، وإن حفر بئراً عادية ملك حريمها خمسين ذراعاً، وإن لم تكن عادية فحريمها خمسة وعشرون ذراعاً[٤]، وعند

---

(١) قوله:«وما فضل إلخ» هذا المذهب لكن بشرط أن لا تجد البهائم ماء مباحاً و لم تتضرر بذلك لما روى أبو هريرة –رضي الله عنه– أن رسول الله ﷺ قال: «من منع فضل الماء ليمنع به فضل الكلأ منعه الله فضل رحمته» وهو من مفردات المذهب. المبدع (١٠٢/٥).

(٢) قوله:«وهل يلزمه إلخ» أحدهما يلزمه وهو المذهب لما روى إياس بن عبد أن النبي ﷺ نهى عن بيع فضل الماء رواه أبو داود والترمذي وصححه لكن قال أحمد رحمه الله تعالى إلا أن يؤذيه بالدخول أو له فيه ماء السماء فيخاف عطشاً فلا بأس أن يمنعه وهو من المفردات.
والثانية لا يلزمه؛ لأن الزرع لا حرمة له فعليها يجوز بيعه بكيل أو وزن ويحرم بيعه مقدراً بمدة معلومة خلافاً لمالك ويحرم أيضاً بيعه مقدراً بالرى أو جزافاً قاله القاضي وغيره. الشرح الكبير (٣٧٨/٥).
[فائدة] إذا حفر بئراً بموات للسابلة فالناس مشتركون في مائها والحافر كأحدهم في السقي والزرع والشرب ومع الضيق يقدم الآدمي ثم الحيوان. الإنصاف ٣٤٧/٦.

(٣) قوله:«وإحياء الأرض إلخ» أى منيع نص عليه لما روى جابر رضى الله عنه أن النبي ﷺ قال «من أحاط حائطا على أرض فهى له» رواه أحمد وأبو داود وظاهر كلامه أنه سواء أرادها للبناء أو للزرع أو حظيرة للغنم والخشب ونحوهما وهذا هو الصحيح من المذهب. المبدع (١٠٣/٥).

(٤) قوله:«وإن حفر بئراً عادية إلخ» البئر العادية بتشديد الياء: القديمة نسبة إلى عاد و لم يرد عاداً بعينها لكن لما كانت عاد في الزمن الأول وكانت لها آثار في الأرض نسب إليها كل قديم فكل من سبق إلى بئر عادية كان أحق بها لقول النبي ﷺ «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له» وحريمها خمسون ذراعاً من كل جانب نص عليه، وإن لم تكن عادية فحريمها خمسة وعشرون ذراعا من كل جانب نص عليه وهذا المذهب فيهما وهو من مفرداته، قال ناظمها:

بحفر بئر في موات يملك حريمها معها بذرع يسلك
فخمسة تملك والعشرون وإن تكن عادية خمسون

لما روى أبو عبيد في الأموال عن سعيد بن المسيب قال السنة في حريم القليب العادي خمسون ذراعاً والبدئي خمسة وعشرون ذراعاً وروى الخلال والدارقطني نحوه مرفوعاً. وقوله بئراً عادية محمول على البئر التي انطمت وذهب ماؤها فجدد حفرها وعمارتها أو انقطع ماؤها فاستخرجه ليكون ذلك إحياء فأما البئر التي لها ماء ينتفع به الناس فليس لأحد احتجاره كالمعادن الظاهرة. انظر المبدع (١٠٣/٥-١٠٤)،=

القاضي حريمها قدر مدّ رشائها من كل جانب[1].

وقيل إحياء الأرض ما عد إحياء وهو عمارتها بما تتهيأ به لما يراد منها من زرع أو بناء[2].

وقيل ما يتكرر كل عام كالسقى والحرث فليس بإحياء وما لا يتكرر فهو إحياء، ومن تحجر مواتا لم يملكه [3] وهو أحق به ووارثه بعده ومن ينقله إليه وليس له بيعه [4]. وقيل له ذلك.

فإن لم يتم إحياؤه قيل له إما أن تحييه أو تتركه، فإن طلب الإمهال أمهل الشهرين والثلاثة، فإن أحياه غيره فهل يملكه؟ على وجهين[5].

«**بئراً عادية**» بتشديد الياء: القديمة منسوبة إلى عاد، ولم يرد عاداً بعينها، لكن لما كانت في الزمن الأول وكانت لها آبار في الأرض، نسب إليها كل قديم، كذا ذكره في «**المغني**».

«**حريمها قدر مد رشائها**» حريم البئر وغيرها: ما حولها من مرافقها وحقوقها. والرشاء، بكسر الراء ممدوداً: الحبل.

= الشرح الكبير (٣/٣٨٠).

(١) قوله: «وعند القاضي إلخ» أي لما روى أن النبي ﷺ قال: «حريم البئر مد رشائها» رواه ابن ماجه. المبدع (٥/١٠٤).

(٢) قوله: «وقيل إلخ» وحكاه القاضي رواية لأن الشارع أطلق الإحياء ولم يبين صفته فوجب أن يرجع فيه إلى العرف كالقبض والحرز.
المبدع (٥/١٠٤).

(٣) قوله: «ومن تحجر مواتا لم يملكه» هذا الصحيح من المذهب نص عليه وتحجره الشروع في إحيائه من غير أن يتمه مثل أن يدير حول الأرض تراباً أو بجدار صغير أو يحفر بئراً لم يصل إلى مائها نقله حرب لأن الملك بالإحياء ولم يوجد قال الحارثي وعن أحمد رحمه الله رواية بإفادة الملك وهو الصحيح انتهى. المبدع (٥/١٠٦).

(٤) قوله: «وليس له بيعه» هذا المذهب لأنه لم يملكه فلم يملك بيعه. الإنصاف (٦/٣٥٤).

(٥) قوله: «فإن أحياه غيره إلخ» يعني لو بادر غيره في مدة الإمهال وأحياه أحدهما لا يملكه وهو الأظهر لمفهوم قوله من أحيا أرضاً ميتة في غير حق مسلم فهى له أنها لا تكون له إذا كان لمسلم فيها حق ولأنه أحيا في حق غيره.
المبدع (٥/١٠٦).

....

والجمع: أرشية، كله عن الجوهري.

«**تحجر مواتا**» أي: شرع في إحيائه مثل أن أدار حول الأرض ترابا، أو حجارة، أو أحاطها بحائط صغير، كذا ذكره في «**المغني**».

فصل

وللإمام إقطاع موات لمن يحييه[1] ولا يملكه بالإقطاع بل يصير كالمتحجر الشارع في الإحياء[2]، وله إقطاع الجلوس في الطرق الواسعة ورحاب المساجد ما لم يضيق على الناس، ولا يملك ذلك بالإحياء، ويكون المقطع أحق بالجلوس فيها، فإن لم يقطعها فلمن سبق إلى الجلوس فيها، ويكون أحق بها ما لم ينقل قماشه عنها، فإن أطال الجلوس فيها فهل يزال؟ على وجهين، فإن سبق إلى معدن فهو أحق بما ينال منه[3].

وهل يمنع إذا طال مقامه؟ على وجهين[4].

ومن سبق إلى مباح كصيد وعنبر وحطب وثمر وما ينبذه الناس رغبة عنه فهو

«**إقطاع**» الإقطاع مصدر أقطعه: إذا ملكه أو أذن له في التصرف في الشيء. قال أبو السعادات: والإقطاع يكون تمليكاً وغير تمليك.

«**ورحاب المسجد**» الرحاب: جمع رحبة بالتحريك، والجمع: رحب ورحبات ورحاب، وهي ساحته، عن الجوهري. وتسكين الرحبة لغة.

«**قماش**» القماش، بضم القاف: متاع البيت. عن الجوهري.

---

(١) قوله: «وللإمام إلخ» أي لأنه عليه الصلاة والسلام أقطع بلال بن الحارث العقيق وأقطع وائل بن حجر أرضاً؛ وأقطع أبو بكر وعمر وعثمان وجمع من الصحابة. وينبغي أن يقطع مقدار ما يحييه فإن فعل ثم تبين عجزه عن إحيائه استرجعه كما استرجع عمر رضى الله عنه عن بلال ما عجز من عمارته بالعقيق الذي أقطعه رسول الله ﷺ. انظر المبدع (١٠٧/٥).

(٢) قوله: «ولا يملكه إلخ» هذا المذهب لأنه لو ملكه به لما جاز استرجاعه قال الحارثي وقال مالك يثبت الملك بنفس الإقطاع يبيع ويهب ويتصدق ويورث عنه قال وهو الصحيح. المبدع (١٠٧/٥).

[فائدة] للإمام إقطاع غير الموات تمليكا وانتفاعا للمصلحة دون غيرها. الإنصاف (٣٥٧/٦).

(٣) قوله: «ومن سبق إلى معدن إلخ» هذا المذهب وسواء كان المعدن ظاهرا أو باطنا إذا كان في موات وقيل من أخذ من معدن فوق حاجته منع منه قال في المغني والشرح فإن أخذ قدر حاجته وأراد الإقامة فيه بحيث يمنع غيره منع من ذلك. المبدع (١٠/٥)، الإنصاف (٣٦٠/٦).

(٤) قوله: «وهل يمنع إلخ» يعني الأخذ إلخ. أحدهما لا يمنع وهو الصحيح من المذهب. المبدع (١٠٩/٥)، الإنصاف(٣٦٠/٦).

أحق به[1]، وإن سبق إليه اثنان قسم بينهما، وإذا كان الماء في نهر غير مملوك كمياه الأمطار فلمن في أعلاه أن يسقى ويحبس الماء حتى يصل إلى كعبه ثم يرسل إلى من يليه[2]، فإن أراد إنسان إحياء أرض بسقيها منه جاز ما لم يضر

---

(١) قوله:((ومن سبق إلى مباح إلخ)) لقوله عليه الصلاة والسلام ((من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له)) مع قوله لما رأى ثمرة ساقطة ((لولا أخشى أن تكون من الصدقة لأكلتها)) رواه البخارى . المبدع (٥/١٠٩).

(٢) قوله:((وإذا كان الماء في نهر إلخ)) إذا كان جاريا وهو غير مملوك لا يخلو إما أن يكون نهرا عظيما كالنيل والفرات ودجلة وشبهها أو لا، فإن كان نهرا عظيما فهذا لا يزاحم فيه ولكل أحد أن يسقى منه ما شاء متى شاء كيف شاء، وإن كان نهراً صغيراً يزدحم الناس فيه أو يتشاحون في مائه أو سيل يتشاح فيه أهل الأرضين الشاربة منه فإنه يبدأ بمن في أول النهر فيسقى ويحبس حتى يصل إلى كعبه نص عليه، ثم يرسل إلى من يليه كذلك وعلى هذا إلى أن تنتهى الأراضى كلها فإن لم يفضل عن الأول شيء أو عن الثاني أو عن من يليهما فلا شيء للباقين لأنه ليس لهم إلا ما فضل فهم كالعصبة ولا نعلم فيه خلافا لما روى عبد الله بن الزبير رضى الله عنهما أن رجلاً خاصم الزبير في شراج الحرة التي يسقون بها إلى النبي ﷺ فقال النبي ﷺ ((اسق يا زبير ثم أرسل إلى جارك)) فغضب الأنصاري وقال : إن كان ابن عمتك، فتلون وجه رسول الله ﷺ فقال النبي ﷺ: اسق يا زبير ثم احبس الماء حتى يرجع إلى الجدر فقال الزبير –رضي الله عنه– والله إني لأحسب هذه الآية نزلت في ذلك ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ﴾ الآية متفق عليه. وذكر عبد الرزاق عن معمر عن الزهري قال: نظرنا في قول النبي ﷺ ((ثم احبس الماء حتى يرجع إلى الجدر)) فكان ذلك إلى الكعبين وشراج الحرة مسايل الماء جمع شرج وهو النهر الصغير. فإن كانت أرض صاحب الأعلى مختلفة منها ما هو يستعلى ومنها ما هو مستفل سقى كل واحدة منهما على حدتها قاله في المغني والشرح وغيرهما، وقال في الترغيب: إن كانت الأرض العليا مستفلة سدها إذا سقى حتى يصعد إلى الثاني. المبدع (٥/١١٠)، الإنصاف (٦/٣٦٣-٣٦٤).

[فوائد] إحداها لو استوى اثنان في القرب من أول النهر اقتسما الماء بينهما إن أمكن وإن لم يمكن أقرع بينهما فيقدم من قرع فإن كان الماء لا يفضل عن أحدهما سقى من تقع له القرعة بقدر حقه من الماء ثم يتركه للآخر وليس له أن يسقى بجميع الماء لمساواة الآخر له وإنما القرعة للتقدم، بخلاف الأعلى مع الأسفل فإنه ليس للأسفل حق إلا في الفاضل عن الأعلى، وإن كانت أرض أحدهما أكبر من أرض الآخر قسم الماء بينهما على قدر الأرض. الإنصاف (٦/٣٦٤).

(الثانية) لو احتاج الأعلى إلى السقى ثانياً قبل انتهاء سقى الأراضى لم يكن له ذلك. =

بأهل الأرض الشاربة منه[1]، وللإمام أن يحمي أرضا من الموات ترعى فيها دواب المسلمين التي يقوم بحفظها ما لم يضيق على الناس وليس ذلك لغيره، وما حماه النبي ﷺ فليس لأحد نقضه، وما حماه غيره من الأئمة فهل يجوز نقضه؟ على وجهين.

«**أن يحمي**» بفتح الياء وضمها، أي: يمنع، يقال: حميت المكان، وأحميته لغة، ذكرها شيخنا في «فعل وأفعل».

= الإنصاف (٦/٣٦٤).

(الثالثة) لو ترك دابته بفلاة أو مهلكه ليأسه منها أو عجزه عن علفها ملكها آخذها على الصحيح من المذهب نص عليه وهو من مفردات المذهب، وقيل لا يملكها وهو وجه كالرقيق وترك المتاع عجزا بلا نزاع، ويرجع بأجرة الرقيق وأجرة حمل المتاع على الصحيح من المذهب نص عليه. الإنصاف (٦/٣٦٣).

(الرابعة) لو ألقى متاعه في البحر خوفا من الغرق فقال الحارثي نص أحمد في المتاع يقتضي أن ما يلقيه ركاب السفينة مخافة الغرق باق على ملكهم انتهى. وقيل يملكه آخذه قدمه في الفائق وهو احتمال في المغني وصححه في النظم وقدمه في الرعايتين، فعلى الأول لآخذه الأجرة. انظر الإنصاف (٦/٣٦٣-٣٦٤).

(١) قوله: «فإن أراد إنسان إلخ» إذا كان لجماعة رسم شرب من نهر غير مملوك أو سيل فجاء إنسان ليحيي مواتا أقرب إلى رأس النهر من أرضهم لم يكن له أن يسقى قبلهم على المذهب لأنهم أسبق إلى النهر منه واختار الحارثي أن له ذلك قال وظاهر الأخبار المتقدمة وعمومها يدل على اعتبار السبق إلى أعلى النهر مطلقا قال وهو الصحيح. وهل لهم منعه من إحياء ذلك الموات؟ على وجهين: أحدهما ليس لهم منعه قال الحارثي وهو أظهر وقدمه ابن رزين في شرحه وجزم به في الكافي والثاني لهم منعه قال الحارثي وهو المفهوم من إيراد الكتاب، فعلى الأول لو سبق إلى مسيل ماء أو نهر غير مملوك فأحيا في أسفله مواتا ثم أحيا آخر فوقه ثم أحيا ثالث فوق الثاني كان الذي أحيا أولا السقى ثم الثاني ثم الثالث وعلى ما اختاره الحارثي ينعكس. المبدع (٥/١١١-١١٢)، الإنصاف (٦/٣٦٥).

على قوله: «ما لم يضر بأهل الأرض الشاربة منه » ولو كان الماء بنهر مملوك كحفر نهر صغير سيق الماء إليه من نهر كبير فما حصل فيه من الماء ملك للحيازة فلو كان لجماعة فالماء بينهم على حسب العمل والنفقة فإن لم يكفهم وتراضوا على قسمته فتؤخذ خشبة أو حجر مستوي الطرفين والوسط فتوضع على موضع مستو من الأرض في مصدم الماء فيه حزوز أو ثقوب متساوية في السعة على قدر حقوقهم يخرج من كل حز أو ثقب إلى ساقية مفردة لكل واحد منهم فإذا حصل الماء في ساقيته انفرد به فإن كانت أملاكهم مختلفة بأن كان لأحدهم نصفه وللثاني ثلثه وللثالث سدسه جعل فيه ستة ثقوب لصاحب النصف ثلاثة تصب في ساقيته ولصاحب الثلث اثنان ولصاحب السدس واحد. انظر الإنصاف (٦/٣٦٥-٣٦٦).

باب الجعالة

وهى أن يقول من رد عبدي أو لقطتي أو بنى لى هذا الحائط فله كذا[1] فمن فعله بعد أن أبلغه الجعل استحقه [2]، وإن فعله جماعة فهو بينهم، ومن فعله قبل ذلك لم يستحقه سواء أرده قبل بلوغ الجعل أو بعده، وتصح على مدة مجهولة وعمل مجهول إذا كان العوض ....

باب الجعالة

الجعالة، بفتح الجيم، وكسرها، وضمها: ما يجعل على العمل[3]، ذكره شيخنا في «**مثلثه**» قال: ويقال: جعلت له جعلا، وأجعلت: أوجبت. وقال ابن الفارس في «**المجمل**»: الجعل، والجعالة، والجعيلة: ما يعطاه الإنسان على الأمر يفعله[4].

---

(١) قوله:«وهى أن يقول من رد عبدي إلخ» أى إذا كانت الجعالة في رد الآبق أكثر من دينار أو اثني عشر درهما وإلا فله ما قدره الشارع لأنه في معنى المعاوضة فوجود الجعالة توجب أكثر الأمرين من المقدر والمشروط. المبدع (١١٤/٥).

[فائدة] الجعالة نوع إجارة لوقوع العوض في مقابلة منفعة، وإنما تميز بكون الفاعل لا يلتزم الفعل ويكون العقد قد يقع منهما لا مع معين ويجوز في الجعالة الجمع بين تقدير المدة والعمل على الصحيح من المذهب وقيل لا كالإجارة. الإنصاف (٣٦٩/٦).

على قوله: «من رد عبدي» أو لقطتي أو بنى لي هذا الحائط وكذا سائر ما يستأجر عليه من الأعمال. المبدع (١١٤/٥).

على قوله:«فله كذا» فاقتضى ذلك أن لا يكون في يده فلو كانت اللقطة في يده فجعل له مالكها جعلا ليردها لم يبح له أخذه. المبدع (١١٤/٥).

(٢) قوله:«فمن فعله إلخ» فعلى هذا إن تلفت في أثنائه استحق بالقسط فإن تلف الجعل كان له مثله إن كان مثليا وإلا قيمته على الصحيح من المذهب. المبدع (١١٤/٥).

[فائدة] لو رده من نصف الطريق المعينة أو قال من رد عبدى فرد أحدهما فله نصف الجعل وإن رده من مسافة أبعد من المعينة فله المسمى لاغير. انظر الإنصاف (٣٦٩/٦).

(٣) انظر لسان العرب (٦٣٧/١) – [جعل].

(٤) انظر الكافي لموفق الدين (٢٣٩/٢)- المبدع (١١٣/٥).

معلوما[١]، وهي عقد جائز لكل واحد منهما فسخها، فمتى فسخها العامل لم يستحق شيئاً، وإن فسخها الجاعل بعد الشروع فعليه للعامل أجرة عمله[٢]، وإن اختلفا في أصل الجعل أو قدره فالقول قول الجاعل. ومن عمل لغيره عملا بغير جعل فلا شيء له[٣]إلا في رد الآبق[٤] فإن له بالشرع ديناراً أو اثني عشر

---

(١) قوله:((وتصح على مدة مجهولة إلخ)) أي لأنها عقد جائز فجاز أن يكون العمل والمدة مجهولين كالشركة ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك لكونه لا يعلم موضع الضالة والآبق. ويشترط كون العوض معلوما لأنه يصير لازما بتمام العمل وقال المصنف في المغني ويحتمل أن تصح الجعالة مع الجعل بالعوض إذا كان الجهل لا يمنع التسليم نحو أن يقول من رد عبدي فله نصفه ومن رد ضالتي فله مثلها، قال أحمد رحمه الله تعالى إذا قال الأمير في الغزو من جاء بعشرة أرؤس فله رأس جاز فعليه لو كانت الجعالة تمنع من التسليم لم تصح الجعالة وجها واحدا وحينئذ يستحق العامل أجر المثل لأنه عمل بعوض لم يسلم وهذا الصحيح من المذهب وقيل في رد الآبق المقدر شرعاً. المبدع (١١٥/٥).

[فائدة] لو قال من داوى لي هذا حتى يبرأ من جرحه أو مرضه أو رمده فله كذا لم يصح مطلقا على الصحيح من المذهب. الإنصاف (٣٧٠/٦-٣٧١).

على قوله:((فمتى فسخها العامل)) اى قبل تمام العمل. المبدع (١١٥/٥).

على قوله:((لم يستحق شيئاً)) لأنه أسقط حق نفسه حيث لم يأت بما شرط عليه. المبدع (١١٥/٥).

(٢) قوله:((وإن فسخها الجاعل إلخ)) أي أجرة مثل عمله لأنه عمل بعوض وما عمله بعد الفسخ لا أجرة له عليه لأنه عمل مأذون فيه. المبدع (١١٥/٥-١١٦).

على قوله:((وإن اختلفا في أصل الجعل)) أي التسمية بأن أنكرها أحدهما.

على قوله:((أو قدره)) أو قدر المسافة.

على قوله:((فالقول قول الجاعل)) لأنه منكر والأصل براءة ذمته. المبدع (١١٦/٥).

(٣) قوله:((ومن عمل لغيره إلخ)) هذا إن لم يكن العامل معدا للأجرة فإن كان معدا كالملاح والمكارى والحجام والقصاد والخياط والدلال ونحوهم ممن يرصد نفسه للتكسب بالعمل وأذن له في العمل فله أجرة المثل لدلالة العرف على ذلك. ويستثنى أيضاً من قول المصنف ومن عمل لغيره إلخ ما لو خلص متاع غيره من بحر أو فم سبع أو فلاة. ولو كان المخلص عبدا فله أجرة مثله وإن لم يأذن له ربه. انظر المبدع (١١٦/٥).

[فائدة] لو تلف ما خلصه من هلكه لم يضمنه منقذه على الصحيح من المذهب. الإنصاف (٣٧٢/٦).

على قوله:((فلا شيء له)) بغير خلاف نعلمه. المبدع (١١٦/٥).

(٤) قوله:((إلا في رد الآبق)) أي فإنه يستحقه بلا شرط روي ذلك عن عمر وعلي وابن

درهما[1]، وعنه إن رده من خارج المصر فله أربعون درهما ويأخذ منه ما أنفق عليه في قوته. وإن هرب منه في طريقه فإن مات السيد استحق ذلك في تركته.

باب اللقطة

وهي المال الضائع من ربه، وينقسم ثلاثة أقسام: **(أحدها)** ما لا تتبعه الهمة

«**فإن له بالشرع**» الشرع: مصدر شرع يشرع شرعاً، أي: سن.

وقال أبو السعادات: الشرع والشريعة: ما شرع الله لعباده من الدين. فمعنى بالشرع: أن يشرع الشارع، لأجل الحديث الوارد في ذلك، وهو مرسل، وفيه مقال، وكذلك في المسألة رواية أخرى «لا جعل له» وصححها في «المغني» .

«**المصر**» تقدم في آخر باب التيمم.

باب اللقطة

اللقطة: اسم لما يلقط، وفيها أربع لغات، نظمها شيخنا أبو عبد الله بن مالك فقال:

لُقَاطَةٌ، ولقْطَة، وَلقَطَه   ولَقَطٌ ما لاقِطٌ قدْ لَقَطَه

فالثلاث الأول بضم اللام، والرابعة بفتح اللام والقاف، وروي عن الخليل: واللقطة، بضم اللام وفتح القاف: الكثير الالتقاط، وبسكون القاف: ما يلتقط.

وقال أبو منصور: وهو قياس اللغة، لأن فعلة بفتح العين أكثر ما جاء فاعل، وبسكونها مفعول كضحكة للكثير الضحك، وضحكة لمن يضحك منه[2].

= مسعود وقاله شريح وعمر بن عبد العزيز. المبدع (١١٦/٥)

(١) قوله:«فإن له بالشرع إلخ» هذا المذهب لما روى ابن أبي مليكة وعمرو بن دينار أن النبي ﷺ جعل في رد الآبق إذا جاء به خارجا من الحرم ديناراً وهو قول من سمينا ولم يعرف لهم مخالف وسواء رده من داخل المصر أو خارجه قربت المسافة أو بعدت وسواء كان الآبق يساوى المقدار أولا وسواء كان الراد زوجا للرقيق الآبق أو ذا رحم في عيال المالك أو لا. المبدع (١١٦/٥)، الإنصاف (٣٧٣/٦).

(٢) انظر لسان العرب (٤٠٦٠/٥) [لقط].

كالسوط والشسع والرغيف فيملك بأخذه بلا تعريف. **(الثاني)** الضوال التي تمتنع من صغار السباع كالإبل والبقر والخيل والبغال والظباء والطير والفهود ونحوها فلا يجوز التقاطها، ومن أخذها ضمنها، فإن دفعها إلى نائب الإمام زال عنه الضمان[1]. **(الثالث)** سائر الأموال كالأثمان والمتاع والغنم والفصلان والعجاجيل والأفلاء[2]،فمن لا يأمن نفسه عليها ليس له

«**كالسوط والشسع**» السوط: الذي يضرب به معروف. والشسع: بكسر الشين المعجمة بعدها سين مهملة. قال أبو السعادات: الشسع: أحد سيور النعل، وهو الذي يدخل بين الأصبعين، ويدخل طرفه في الثقب الذي في صدر النعل المشدود في الزمام، والزمام: السير الذي يعقد فيه الشسع.

«**الضوال**» جمع ضالة، قال الجوهري: لا يقع إلا على الحيوان، فأما الأمتعة، فيقال لها: «لقطة» ويقال للضوال: الهوامي، والهوافي، والهوامل، وقد همت،

---

(١) قوله:«فإن دفعها إلى نائب الإمام إلخ» أى بلا نزاع لأن الإمام له نظر في ضوال الناس فكان نائبا عن أصحابها قال الحارثي هذا مبنى على أن لنائب الإمام أخذها ابتداء للحفظ وهو شيء قاله متأخرو أهل المذهب القاضي وابن عقيل والسامرى والمصنف وغيرهم وكذا لو أمره بردها إلى موضعها وردها برئ قاله في الفروع وغيره فإذا أخذها الإمام أو نائبه منه لم يلزمه تعريفها. المبدع (١٢٠/٥)، الإنصاف (٣٨٢/٦).

[فائدة] من أخذ ما يمتنع من صغار السباع ولو لم يكتمه ضمنه إن تلف أو نقص قبل رده كغاصب لأن التقاطه غير مأذون فيه وإن كتمه وتلف ضمنه بقيمته مرتين لربه أياما كان الملتقط أو غيره قال أبو بكر في التنبيه ثبت خبر عن النبي ﷺ أنه قال في الضالة المكتومة «غرامتها ومثلها معها» قال وهذا حكمه ﷺ فلا يرد.

(٢) قوله: «الثالث سائر الأموال إلخ» يعني يجوز التقاطها هذا المذهب. الإنصاف (٣٨٢/٦).

(تنبيه) شمل كلام المصنف العبد الصغير والجارية وهو صحيح قال في الرعاية والعبد الصغير كالشاة وكذا كل جارية تحرم على الملتقط وجزم به في الوجيز قال الحارثي وصغار الرقيق مطلقا يجوز التقاطه ذكره القاضي وابن عقيل واقتصر على ذلك وقيل لا تملك بالتعريف قال القاضي هذا قياس المذهب. قال المصنف في المغني وهذه المسألة فيها نظر فإن اللقيط محكوم بحريته فإن كان ممن لا يعبر عن نفسه فأقر بأنه مملوك لم يقبل إقراره لأن الطفل لا قول له ولو اعتبر قوله في ذلك لاعتبر تعريفه في سيده. انتهى. الإنصاف (٣٨٢/٦).

على قوله: «والأفلاء» بالمد جمع فلو كسحر وهو الجحش والمهر إذا فطما أو بلغا السنة. ا.هـــ قاموس . ٣٦٨/٤- [مادة-فلا].

أخذها[1]، فإن فعل ضمنها و لم يملكها وإن عرفها. ومن أمن نفسه عليها وقوى على تعريفها فله[2] أخذها والأفضل تركها، وعند أبي الخطاب رحمه الله تعالى

وهفت، وهملت: إذا ضلت، فمرت على وجوهها بلا راع، ولا سائق.

«**من صغار السباع**» صغار السباع، كالذئب، ونحوه.

«**والظباء**» الظباء: جمع ظبي، والأنثى ظبية، بالهاء، وجمع الظبي في القلة: أظب، كدلو، وأدل، وجمعه في الكثرة: ظبى وظبى، ووزنه فعول كفلوس.

«**والفصلان، والعجاجيل، والأفلاء**» الفصلان: بضم الفاء جمع فصيل، وهو: ولد الناقة إذا فصل عن أمه، ويجمع على فصال، ككريم وكرام.

والعجاجيل: قال الجوهري: العجل: ولد البقرة، والعجول مثله، والجمع العجاجيل.

وقال شيخنا في «العجل: ولد البقرة حين يوضع، ثم هو برغز، ثم فرقد.

والأفلاء: قال الجوهري: الفلو، بتشديد الواو: المهر [3]، والأنثى: فلوة، كما قالوا: غدوة، والجمع: أفلاء، كعدو، وأعداء، وفلاوى: بوزن خطايا.

وقال أبو زيد: فلو إذا فتحت الفاء، شددت، وإذا كسرت، خففت، فقلت: فلو، كجرو.

---

(١) قوله: «فمن لا يأمن إلخ» هذا المذهب لما في ذلك من تضييع مال غيره فحرم وسواء تلفت بتفريطه أولا. المبدع (٥/١٢١).

(٢) قوله: «ومن أمن نفسه إلخ» لحديث زيد بن خالد الجهني –رضى الله عنه– قال سئل رسول الله ﷺ عن لقطة الذهب والورق فقال «اعرف وكاءها وعفاصها ثم عرفها سنة فإن لم تعرف فاستنفقها ولتكن وديعة عندك فإن جاء طالبها يوما من الدهر فادفعها إليه» وسأله عن ضالة الإبل فقال « مالك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها» وسأله عن الشاة فقال «خذها فإنما هى لك أو لأخيك أو للذئب» متفق عليه. ثبت في النقدين وقسنا عليهما المتاع وعلى الشاة قسنا كل حيوان لا يمتنع بنفسه من صغار السباع ولا فرق بين أن يجدها في مصر أو مهلكة لأنه عليه الصلاة والسلام لم يستفصل ولو افترق الحال لاستفصل. المبدع (٥/١٢١).
على قوله: «وقوى على تعريفها» ظاهر قوله وقوى على تعريفها أن العاجز عن التعريف ليس له أخذها وهو صحيح.

(٣) انظر لسان العرب (٥/٣٤٦٩)- [فلا].

إن وجدها بمضيعة فالأفضل أخذها. ومتى أخذها ثم ردها إلى موضعها أو فرط فيها ضمنها(١). وهي على ثلاث أضرب: **(حيوان)** فيتخير بين أكله(٢) وعليه قيمته، وبين بيعه وحفظ ثمنه، وبين حفظه والإنفاق عليه من ماله. وهل يرجع

((**بمضيعة**)) قال أبو السعادات: المضيعة: بكسر الضاد مفعلة من الضياع: الإطراح والهوان، كأنه فيه ضائع، فلما كانت عين الكلمة ياء مكسورة، نقلت حركتها إلى الضاد، فصارت مضيعة بوزن معيشة، وقيل: مضيعة بوزن مسبعة، حكاها القاضي عياض رحمه الله.

---

(١) قوله: ((ومتى أخذها ثم ردها إلخ)) اعلم أنه إذا التقطها ثم ردها إلى موضعها فلا يخلو إما أن يكون مما يجوز التقاطه أو لا فإن كان مما يجوز التقاطه ضمنها إلا أن يأمره الحاكم أو نائبه بذلك فلا يضمن بلا نزاع وإن كان مما لا يجوز التقاطه إذا رده فكذلك ودل على أنها إذا ضاعت عنده في حول التعريف بلا تفريط لا ضمان عليه. المبدع (١٢٢/٥).

[فائدة] لو التقطها آخر لزمه ردها إلى الأول مع علمه فإن لم يعلم حتى عرفها حولا ملكها لأن سبب الملك وجد منه من غير عدوان فثبت الملك كالأول ولا يملك الأول انتزاعها منه فإن جاء صاحبها أخذها من الثاني وليس له مطالبة الأول وإن علم الثاني بالأول فردها إليه فأبى أخذها وقال عرفها أنت فعرفها الثاني حولا ملكها وإن قال الأول للثاني عرفها وتكون ملكاً لي ففعل فهو نائبه في التعريف ويملكها الأول وإن قال الأول عرفها وتكون بيننا ففعل صح.

على قوله ((ثم ردها إلى موضعها)) وقال مالك لا ضمان عليه لأنه روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال لرجل وجد بعيرا ((أرسله حيث وجدته)) رواه الأثرم. الشرح الكبير (٤٧٥/٤).

(٢) قوله ((فيتخير بين أكله)) لقوله عليه الصلاة والسلام ((هي لك أو لأخيك أو للذئب)) ولا فرق بين أن يجدها في المصر أو الصحراء ويلزمه قيمتها في قول أكثر العلماء لأنه إذا كان عليه قيمة ما يضطر إليه إذا أكله فلأن يكون عليه قيمة ما ذكر بطريق الأولى وقال مالك له أكل ضالة الغنم ولا غرامة عليه لصاحبها ولا تعريف، قال ابن عبد البر لم يوافق مالكا أحد من العلماء. المبدع (١٢٣/٥).

على قوله: ((فيخير بين أكله وعليه قيمته وبين بيعه وحفظ ثمنه وبين حفظه والإنفاق عليه من ماله)) مراده إذا استوت عنده الثلاثة، أما إذا كان أحدها أحظ فإنه يلزمه فعله.

على قوله: ((على وجهين)) المذهب يرجع إذا نوى الرجوع.

على قوله: ((فيتخير بين بيعه)) وحفظ ثمنه.

على قوله: ((وأكله)) وتثبت القيمة في ذمته فإن تركه حتى تلف ضمنه لأنه فرط في حفظه كالوديعة. المبدع (١٢٣/٥).

بذلك؟ على وجهين. **(الثاني)** ما يخشى فساده فيتخير بين بيعه وأكله إلا أن يمكن تجفيفه كالعنب فيفعل ما يرى الحظ فيه لمالكه[1] وغرامة التجفيف منه، وعنه يبيع اليسير ويدفع الكثير إلى الحاكم. **(الثالث)** سائر المال فيلزمه حفظه ويعرف الجميع [2] بالنداء عليه في مجامع الناس كالأسواق وأبواب المساجد في أوقات الصلوات حولاً كاملاً[3]: من ضاع منه شيء أو نفقه وأجرة المنادي عليه[4]، وقال أبو الخطاب ما لا يملك بالتعريف وما يقصد حفظه لمالكه يرجع بالأجرة[5] فإن لم يعرف دخل في ملكه بعد الحول حكما كالميراث، وعند أبي الخطاب لا يملكه حتى يختار ذلك، وعن أحمد رحمه الله تعالى لا يملك إلا الأثمان وهى ظاهر المذهب، وهل له الصدقة بغيرها؟ على روايتين. وعنه لا تملك لقطة الحرم بحال[6].

---

(١) قوله: «إلا أن يمكن تجفيفه إلخ» أى لأن ذلك أمانة في يده وفعل الأحظ في الأمانة متعين. قال في المغني ومقتضى قول أصحابنا أن العروض لا تملك بالتعريف وأنه لا يجوز له أكله لكن يخير بين الصدقة به وبين بيعه وذكر نصا يدل على ذلك. المبدع (١٢٤/٥).

على قوله: «وغرامة التجفيف منه» لأنه من مصلحته. المبدع (١٢٤/٥).

(٢) قوله: «ويعرف الجميع» أى وجوبا، وقال الشافعي: لا يجب على من أراد حفظها لصاحبها، ولنا أنه عليه الصلاة والسلام أمر به زيد بن خالد وأبي بن كعب؛ ولأنه طريق وصولها إلى صاحبها. الشرح الكبير (٤٨١/٣).

(٣) قوله: «حولا كاملا» روى عن عمر وعلي وابن عباس –رضى الله عنهم- وقاله أكثر العلماء ويكثر منه في موضع وجدانها ويعرفها في الأسبوع الأول كل يوم مرة ثم مرة في كل أسبوع من شهر ثم مرة في كل شهر وقيل على العادة بالنداء وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب قال في الإنصاف وهو الصواب ويكون على الفور. انظر المبدع (١٢٥/٥)، الإنصاف (٣٨٨/٦).

[فائدة] لو أخر التعريف عن الحول الأول مع إمكانه أثم وسقط التعريف على الصحيح من المذهب نص عليه. الإنصاف (٣٨٩/٦).

(٤) قوله: «وأجرة المنادي عليه» أى على الملتقط نص عليه لأنه سبب وهذا المذهب. المبدع (١٢٥/٥).

(٥) قوله: «وقال أبو الخطاب إلخ» وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي قال في الإنصاف وهو الصواب لأنه من مؤنة إيصالها إليه وقيل على ربها مطلقا وعند الحلواني وابنه الأجرة من نفس اللقطة كمؤنة التجفيف. الشرح الكبير (٤٨٣/٣).

على قوله: «كالميراث» هذا المذهب نص عليه. الإنصاف ٣٩٠/٦.

(٦) قوله: «وعنه لا تملك لقطة الحرم» قدم المصنف أن لقطة الحرم كغيرها وهو الصحيح من المذهب وروي ذلك عن ابن عمر وابن عباس وعائشة وابن المسيب رضى الله=

فصل

ولا يجوز له التصرف في اللقطة حتى يعرف وعاءها ووكاءها وقدرها وجنسها[1]، ويستحب ذلك عند وجدانها والإشهاد عليها[2] فمتى جاء طالبها فوصفها لزم دفعها إليه بنمائها المتصل وزيادتها المنفصلة لمالكها قبل

«**وعاءها ووكاءها**» بكسر أولهما ممدودان، فالوعاء: ما يجعل فيه المتاع. يقال: أوعيت المتاع: إذا جعلته فيه، والوكاء: الخيط الذي يشد به الصرة والكيس ونحوهما [3].

«**عند وجدانها**» الوجدان: بكسر الواو: مصدر وجد، يقال: وجد مطلوبه يجده،

= عنهم وهو مذهب مالك وأبي حنيفة. وروى عن أحمد أنه لا يجوز التقاط لقطة الحرم للتمليك ويجوز لحفظها لمالكها فإن التقطها عرفها أبداً اختاره الشيخ تقي الدين وغيره من المتأخرين قال في الفائق وهو المختار قال الحارثي وهو الصحيح وهو قول عبد الرحمن بن مهدي وأبي عبيد لقوله ﷺ في مكة «لا يحل ساقطها إلا لمنشد» متفق عليه والمنشد المعرف قاله أبو عبيد والناشد الطالب ووجه الأولى عموم الأحاديث ولأنها أحد الحرمين أشبه حرم المدينة وقوله ﷺ «إلا لمنشد» يحتمل أن يريد إلا لمن عرفها عاما، وتخصيصها بذلك لتأكيدها لا لتخصيصها. انظر الشرح الكبير (٣/٤٨٦) ، الإنصاف (٦/٣٩١).

(١) قوله: « ولا يجوز له التصرف إلخ» لحديث زيد وفيه «فإن جاء صاحبها فعرف عفاصها وعددها ووكاءها فأعطها إياه » رواه مسلم ولحديث أبي رضى الله عنه. المبدع (٥/١٢٨).

(٢) قوله: «والإشهاد عليها» أى يستحب ويكونان عدلين وهذا المذهب وبه قال مالك والشافعي فعلى هذا لا يضمن إذا لم يشهد وقيل يجب اختاره أبو بكر وابن أبي موسى قال الحارثي وهو الصحيح قال في الفائق وهو المنصوص لقوله ﷺ «من وجد لقطة فليشهد ذوى عدل» رواه أبو داود فعليها يضمن بتركه وهو قول أبي حنيفة ولنا خبر زيد وأبي رضى الله عنهما فلو وجب لبينه. الشرح الكبير (٣/٤٨٦).

على قوله: «لزم دفعها إليه» أى بلا بينة ولا يمين وإن لم يغلب على ظنه صدقه وهذا المذهب وبه قال مالك وأبو عبيد وداود وابن المنذر. وقال أبو حنيفة والشافعي لا يجبر على ذلك إلا ببينة والأول أولى لقوله: «فإن جاءك أحد يخبرك بعددها ووعائها ووكائها فادفعها إليه» لقوله «فإن جاء طالبها يوما من الدهر فأدها إليه» الشرح الكبير (٣/٤٨٧).

(٣) انظر لسان العرب (٦/٤٩١١) — [وكى].

الحول[1] ولواجدها بعده في أصح الوجهين. وإن تلفت أو نقصت قبل الحول لم يضمنها[2]، وإن كان بعده ضمنها[3]. وإن وصفها اثنان قسمت بينهما في أحد الوجهين[4].

ويجده بضم الجيم لغة عامية، ولا نظير له في باب المثال، وجداً وجدة ووجوداً، ووجداناً بالكسر فيهما.

«**والإشهاد عليهما**» بالرفع ولا يجوز جره. والله أعلم.

---

(١) قوله: «وزيادتها المنفصلة إلخ» هذا المذهب لأنها قبل الحول نماء ملكه وبعد الحول ملكها الملتقط بانقضاء الحول فالنماء إذا نماء ملكه. المبدع (١٢٩/٥).

(٢) قوله: «وإن تلفت إلخ» مراده إذا لم يفرط وهذا المذهب لأنها أمانة في يده فلم يضمن بغير تفريط كالوديعة. المبدع (١٣٠/٥).

(٣) قوله: «وإن كان بعده ضمنها» هذا المذهب ولو لم يفرط لأنها دخلت في ملكه بانقضاء الحول وتلفت من ماله وإن وجد العين ناقصة بعد الحول أخذ العين وأرش النقص لأن جميعها مضمون إذا تلف فكذلك أرش نقصها وهذا قول أكثر العلماء الذي حكموا بملكه لها بمضى حول التعريف فأما من قال لا يملكها إلا باختياره لم يضمن إياها حتى يتملكها وقال داود إذا تملك العين وأتلفها لم يضمنها وهو رواية عن أحمد لحديث عياض المرفوع «فإن جاء ربها وإلا فهو مال الله يؤتيه من يشاء» ولنا قوله ﷺ «فإن لم تعرف فاستنفقها ولتكن وديعة عندك فإن جاء طالبها يوما من الدهر فادفعها إليه». انظر المبدع (١٣٠/٥).

[فائدتان] إحداهما إذا تصرف في اللقطة بعد الحول فإن كانت مثلية ضمنها بمثلها وإن لم تكن مثلية ضمنها يوم عرف ربها على الصحيح من المذهب وقيل يضمنها بقيمتها يوم ملكها قطع به ابن أبي موسى وصاحب التلخيص وصححه في الفائق. الإنصاف (٣٩٨/٦).

(الثانية) لو أدركها ربها بعد الحول مبيعة أو موهوبة فليس له إلا البدل كما في التلف، ولو أدركها في زمن الخيار فوجهان أصحهما وجوب الفسخ والرد إليه. والوجه الثاني عدم الوجوب وهو قويّ في النظر لأن المال ينتقل إلى المشترى زمن الخيار على الصحيح من المذهب ولو كان عاد إليه بفسخ أو شراء أو غير ذلك أخذه المالك ولو أدركه مرهونا ملك انتزاعه لقيام ملكه وانتفاء إذنه في الرهن قطع به الحارثي قال في الإنصاف قلت يتوجه عدم الانتزاع لتعلق حق المرتهن به. الإنصاف (٣٩٨/٦).

(٤) قوله: «وإن وصفها اثنان إلخ» وصححه في التصحيح واختاره ابن عبدوس وقدمه في الهداية والمستوعب والخلاصة والمحرر والحاوى والقواعد، لأنهما استويا في السبب الموجب للدفع أشبه ما لو كانت في أيديهما. الإنصاف (٣٩٩/٦).

وفي الآخر يقرع بينهما[1] فمن قرع صاحبه حلف وأخذها، وإن أقام آخر بينة أنها له أخذها من الواصف[2] فإن تلفت ضمنها من شاء من الواصف أو الدافع إليه إلا أن يدفعها بحكم حاكم فلا ضمان عليه، ومتى ضمن الدافع رجع على الواصف.

فصل

ولا فرق بين كون الملتقط غنياً أو فقيرا مسلما أو كافراً عدلا أو فاسقا يأمن نفسه عليها، وقيل يضم إلى الفاسق أمين في تعريفها وحفظها. وإن وجدها صبي أو سفيه قام وليه بتعريفها[3] فإذا عرفها فهي لواجدها وإن وجدها عبدٌ فلسيده

---

(١) قوله: «وفي الآخر إلخ» هذا المذهب، قال الحارثي والمذهب القرعة ودفعها إلى القارع مع يمينه نص عليه وذكره المصنف في كتابيه، وهكذا إن أقاما بينتين لأنهما تداعيا عينا في يد غيرهما وتساويا في البيئة أو عدمها. الإنصاف (٦/٣٩٩)، المبدع (٥/١٣١).

(تنبيه) محل هذا إذا وصفاها معا أو وصفها الثاني قبل دفعها إلى الأول أما إذا وصفها واحد ودفعت إليه ثم وصفها آخر فإن الثاني لا يستحق على الصحيح من المذهب. انظر الإنصاف (٦/٤٠٠).

(٢) قوله: «فإن أقام آخر بينة إلخ» هذا أحد الوجهين وبه قال أبو حنيفة والشافعي، وقيل لا يلزم الملتقط شيء إذا قلنا بوجوب الدفع إليه وهو تخريج في المغني والشرح وهو المذهب لأنه فعل ما أمر به ولم يفرط. الشرح الكبير (٣/٤٨٩).

على قوله: «من الواصف» ومتى ضمن الواصف لم يرجع على أحد لأن العدوان منه والتلف عنده. المبدع (٥/١٣١).

على قوله: «رجع على الواصف» مراده إذا لم يعترف الدافع للواصف بالملك فأما إن اعترف له لم يرجع ألبتة. الإنصاف (٦/٤٠١).

على قوله: «يأمن نفسه عليها» هذا المذهب في ذلك. الإنصاف (٦/٤٠١-٤٠٢).

على قوله: «ويضم إلى الفاسق أمين في تعريفها وحفظها» وبه قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه وقال في الآخر ينزعها من يده ويدعها في يد عدل. الشرح الكبير (٣/٤٩١).

(٣) قوله: «وإن وجدها صبي إلخ» وجملة ذلك أن الصبي والسفيه والمجنون إذا التقط أحدهم لقطة ثبتت يده عليها لعموم الأخبار فإن تلفت في يده بغير تفريط فلا ضمان عليه وإن تلفت بتفريط ضمنها في ماله وإذا علم بها وليه لزمه أخذها منه لأنه ليس من أهل الحفظ والأمانة فإن تركها في يده ضمنها لأنه يلزمه حفظ ما يتعلق به حق الصبي ويعرفها الولي لأن واجدها ليس من أهل التعريف. الشرح الكبير (٣/٤٩٢).

أخذها منه وتركها معه يتولى تعريفها إذا كان عدلا[1]، وإن لم يأمن العبد سيده عليها لزمه سترها عنه، فإن أتلفها قبل الحول فهى في رقبته، وإن أتلفها بعده فهى في ذمته[2]. والمكاتب كالحر، ومن بعضه حر فهى بينه وبين سيده إلا أن يكون بينهما مهايأة فهل تدخل في المهايأة؟ على وجهين[3].

---

(١) قوله: «وإن وجدها عبد إلخ» للعبد أن يلتقط وأن يعرفها بغير إذن سيده على الصحيح من المذهب وبه قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه وقال في الآخر لا يصح التقاطه لأن اللقطة في الحول الأول أمانة وولاية وفي الثاني تملك والعبد ليس من أهل الولايات ولا التملك. ولنا عموم الخبر، ولأن الالتقاط سبب يملك به الصبي ويصح منه فيصح من العبد، ولأن من جاز منه قبول الوديعة صح منه الالتقاط. الشرح الكبير (٣/٤٩٢-٤٩٣).

على قوله: «لزمه سترها عنه» لأنه يلزمه حفظها وذلك وسيلة إليه ويسلمها إلى الحاكم ثم يدفعها إلى سيده بشرط الضمان. المبدع (٥/١٣٤).

على قوله: «فهى في رقبته» بلا نزاع وكذا إذا تلفت بتفريط فلو تلفت بلا تفريط فلا ضمان عليه كالحر. المبدع (٥/١٣٤)، الإنصاف (٦/٤٠٤).

(٢) قوله: «وإن أتلفها بعده إلخ» هذا أحد القولين نص عليه، وقيل إن أتلفها بعد الحول فإن قلنا يملكها فهى في ذمته وإن قلنا لا يملكها فهى في رقبته وهذا المذهب. الإنصاف (٦/٤٠٤).

(٣) قوله: «فهل تدخل في المهايأة إلخ» أحدهما: لا تدخل بل تكون بينه وبين سيده وهو المذهب لأنها من الأكساب النادرة أشبهت الميراث وكذا الحكم في النادر من كسب المعتق بعضه كالهبة والهدية والوصية ونحوها. المبدع (٥/١٣٤)، الإنصاف (٦/٤٠٥).

[فوائد] منها: لو وجد لقطة في غير طريق مأتي فهى لقطة على الصحيح من المذهب واختار الشيخ تقي الدين أنه كالركاز واختاره في الفائق.

ومنها لو أخذ ثوبه أو متاعه وترك له بدله فالصحيح من المذهب أنه لقطة نص عليه، وقيل: لا يعرفه مع قرينة سرقة وهو احتمال للمصنف، قال في الإنصاف: وهذا عين الصواب، قال الحارثي وهذا حسن.

ومنها: لو وجد في جوف حيوان درة أو نقدا فهو لقطة لواجده على الصحيح من المذهب وعنه للبائع إن ادعاه، فأما إن كانت الدرة غير مثقوبة في السمكة فهو للصياد لأن الظاهر ابتلاعها من معدنها.

ومنها: مؤنة رد اللقطة على ربها على الصحيح من المذهب. انظر الإنصاف (٦/٤٠٦-٤٠٨).

باب اللقيط

وهو الطفل المنبوذ[1]. وهو حر ينفق عليه من بيت المال إن لم يكن معه ما ينفق عليه. ويحكم بإسلامه إلا أن يوجد في بلد الكفار ولا مسلم فيه فيكون كافرا، فإن كان فيه مسلم فعلى وجهين[2]. وما وجد معه من فراش تحته أو ثياب أو مال في جيبه أو تحت فراشه أو حيوان مشدود بثيابه فهو له، وإن كان مدفوناً[3] تحته أو مطروحا قريبا منه فعلى وجهين[4]، وأولى الناس بحضانته واجده إن كان أمينا، وله الإنفاق عليه مما وجد معه بغير إذن حاكم، وعنه ما يدل على أنه لا ينفق عليه إلا بإذنه. وإن كان فاسقاً أو رقيقا او كافرا واللقيط مسلم أو بدويا ينتقل في المواضع أو وجده الحضر فأراد نقله إلى البادية لم يقر في

باب اللقيط

وهو فعيل بمعنى مفعول، كجريح، وقتيل، وطريح.

قال أبو السعادات: اللقيط: الذي يوجد مرمياً على الطريق، ولا يعرف أبوه، ولا أمه، فعيل بمعنى مفعول. والمنبوذ، أي: المرمي على الطريق.

والنبذ: الطرح.

«**البادية**» يأتي تفسيرها في حد الزنا.

---

(١) قوله: «وهو الطفل» يعني في الواقع، في الغالب وإلا فهو لقيط إلى سن التمييز فقط على الصحيح من المذهب. المبدع (١٣٥/٥).

على قوله: «وهو حر» إجماعاً حكاه ابن المنذر. المبدع (١٣٥/٥).

(٢) قوله: «فإن كان فيه مسلم إلخ» أى كتاجر وغيره أحدهما يحكم بكفره وهو المذهب تغليبا للدار والأكثر. المبدع (١٣٦/٥).

(٣) قوله: «وإن كان مدفوناً تحته» يعني إذا كان الدفن طريا، وأطلق فيه وجهين أحدهما: يكون له وهو المذهب وحكى في الرعايتين والحاوى الصغير والفائق وجها أنه له ولو لم يكن الدفن طريا وهو ظاهر كلام المصنف هنا.

قال في الإنصاف: وهو بعيد جداً. المبدع (١٣٦/٥-١٣٧)، الإنصاف (٤١٣/٦).

(٤) قوله: «أو مطروحا إلخ» أحدهما يكون له وهو الصحيح من المذهب عملا بالظاهر. الإنصاف (٤١٣/٦).

على قوله: «بغير إذن حاكم» وهو المذهب. الإنصاف (٤١٤/٦).

يده[1]. وإن التقطه في البادية مقيم في حلة أو من يريد نقله إلى الحضر أقر معه. وإن التقطه في الحضر من يريد النقلة إلى بلد آخر فهل يقر في يده؟ على وجهين. وإن التقطه اثنان قدم الموسر منهما على المعسر والمقيم على المسافر، فإن تساويا وتشاحا أقرع بينهما، فإن اختلفا في الملتقط منهما قدم من له بينة، فإن لم يكن لهما بينة قدم صاحب اليد، فإن كان في أيديهما أقرع بينهما، وإن لم يكن لهما يد فوصفه أحدهما قدم وإلا سلمه الحاكم إلى من يرى منهما أو من غيرهما.

فصل

وميراث اللقيط وديته إن قتل لبيت المال [2]. وإن قتل عمدا فوليه الإمام إن

«**مقيم في حلة**» الحلة: بكسر الحاء المهملة: بيوت مجتمعة، ذكره شيخنا في «**مثلثه**». وقال ابن فارس: الحي: النزول.

وقال أبو السعادات: القوم المقيمون المتجاورون.

---

(١) قوله: «أو رقيقا إلخ» وفيه مسائل: الأولى أنه لا يقر في يد الفاسق على الصحيح من المذهب؛ لأنه ليس في حفظه إلا الولاية ولا ولاية لفاسق وكذا المبذر ولا يقر في يده وإن لم يكن فاسقا. الثانية: أنه لا يقر في يد العبد لأنه لا ولاية له إلا أن يأذن له سيده. الثالثة: لا يقر في يد كافر إذا كان اللقيط مسلما لأنه لا ولاية لكافر ولا يؤمن أن يعلمه الكفر. نعم حيث حكم بكفر اللقيط أقر في يده لأن بعضهم أولياء بعض. الرابعة: أنه لا يقر في يد البدوي الذي ينتقل في المواضع لأن فيه إتعابا للطفل. الخامسة: أنه لا يقر في يد من وجده في الحضر وأراد نقله إلى البادية لأن مقامه في الحضر أصلح له في دينه ودنياه. المبدع (٥/١٣٨-١٣٩).

(٢) قوله: «وميراث اللقيط إلخ» هذا المذهب إن لم يخلف وارثا ولا ولاء عليه وإنما يرثه المسلمون لأنهم يرثون من لا وارث له، وهذا قول مالك والشافعي وأكثر أهل العلم وذكر ابن أبي موسى في الإرشاد أن بعض شيوخه حكى رواية عن أحمد رحمه الله تعالى أن الملتقط يرثه، واختاره الشيخ تقي الدين ونصره، وصاحب الفائق قال الحارثي وهو الحق وبه قال شريح وإسحاق لقول عمر رضى الله عنه لأبي جميل في لقيط: هو حر ولك ولاؤه وعلينا نفقته، رواه سعيد، ولما روى واثلة بن الأسقع قال قال رسول الله ﷺ: «المرأة تحوز ثلاث مواريث عتيقها ولقيطها وولدها الذي لاعنت عليه» رواه أبو داود والترمذى وحسنه، ولنا قوله ﷺ « إنما الولاء لمن أعتق» ولأنه لم يثبت عليه رق ولا آبائه فلم يثبت عليه ولاء وحديث واثلة لا يثبت قاله ابن المنذر، وقال في خبر عمر: أبو جميلة رجل مجهول لا يقوم بحديثه حجة. انظر الشرح الكبير (٣/٥٠٠-٥٠١).

شاء اقتص وإن شاء أخذ الدية. وإن قطع طرفه عمدا انتظر بلوغه إلا أن يكون فقيرا مجنونا فللإمام العفو على مال ينفق عليه. وإن ادعى الجاني عليه أو قاذفه رقه وكذبه اللقيط بعد بلوغه فالقول قول اللقيط. وإن ادعى إنسان أنه مملوك لم يقبل إلا ببينة تشهد أن أمته ولدته في ملكه ويحتمل أن لا يعتبر قولها في ملكه. وإن أقر بالرق بعد بلوغه لم يقبل، وعنه يقبل، وقال القاضي يقبل فيما عليه رواية واحدة[١]. وهل يقبل في غيره؟ على روايتين. وإن قال إني كافر لم يقبل قوله وحكمه حكم المرتد، وقيل يقبل قوله إلا أن يكون قد نطق بالإسلام وهو يعقله.

فصل

وإن أقر إنسان أنه ولده ألحق به مسلما كان أو كافرا رجلا كان أو امرأة[٢] حيا كان اللقيط أو ميتاً، ولا يتبع الكافر في دينه إلا أن يقيم بينة أنه ولد على فراشه، وعنه لا يلحق بامرأة ذات زوج، وعنه إن كان لها إخوة أو نسب معروف لم يلحق بها وإلا لحق. وإن ادعاه اثنان أو أكثر لأحدهم بينة قدم بها[٣]، وإن

---

(١) قوله: «وقال القاضي إلخ» وهذا قول المزني لأنه أقر بما يوجب حقاً عليه وحقا له فوجب أن يثبت ما عليه فقط كما لو قال لفلان: عندي ولى عنده رهن. المبدع (٥/ ١٤٣).

(٢) قوله: «أو امرأة» إذا كان المدعي امرأة فروى عن أحمد أن دعواها تقبل ويلحقها نسبه لأنها أحد الأبوين اشبهت الأب وقد روي في قصة داود وسليمان عليهما السلام حين تحاكم إليه امرأتان في ابن فحكم به للكبرى وحكم به سليمان للصغرى بمجرد الدعوى منهما وهذا قول بعض أصحاب الشافعي، فعلى هذه الرواية يلحق بها دون زوجها وكذلك إذا ادعى الرجل نسبه لم يلحق بزوجته، قال المصنف: ويحتمل أن لا يثبت النسب بدعواها بحال، وهذا قول الثورى والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي قال ابن المنذر: وأجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن النسب لا يثبت بدعوى المرأة لأنها يمكنها إقامة البينة على الولادة. انظر الشرح الكبير (٣/٥٠٦-٥٠٧).

(٣) قوله: «وإن ادعاه اثنان إلخ» إذا ادعاه اثنان أو أكثر سمعت بينة كل واحد منهما لأن كل واحد انفرد صحت دعواه فإذا تنازعوا تساووا في الدعوى ولا فرق بين المسلم والكافر والحر والعبد وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: المسلم أولى من الذمي والحر أولى من العبد فإن كان لأحدهما بينة قدم بها وإن أقام كل منهما بينة تعارضتا وسقطتا. المبدع (٥/١٤٦).

تساووا في البينة أو عدمها عرض معهما على القافة أو مع أقاربهما إن ماتا فإن ألحقته بأحدهما لحق به [(١)] وإن ألحقته بهما لحق بهما[(٢)] ولا يلحق بأكثر من أم

«**على القافة**» القافة، بتخفيف الفاء جمع قائف، عن الجوهري وغيره، وقال القاضي عياض: هو الذي يتبع الأشباه، والآثار، ويقفوها، أي: يتبعها، فكأنه مقلوب من القافي، وهو: المتبع للشيء، قال الأصمعي: هو الذي يقفو الأثر، ويقتافه[(٣)]. وقال المصنف رحمه الله في «المغني» القافة: قوم يعرفون الأنساب بالشبه، ولا يختص ذلك بقبيلة معينة، بل من عرفت منه المعرفة بذلك، وتكررت منه الإصابة، فهو قائف، وقيل: أكثر ما يكون هذا في بني مدلج، وكان إياس بن معاوية قائفا، وكذلك شريح[(٤)]. وظاهر كلام أحمد رحمه الله: أنه لا يقبل إلا قول اثنين، وقال القاضي: يقبل قول واحد، والله أعلم.

---

(١) قوله: «فإن ألحقته بأحدهما لحق به» هذا قول الجمهور وقال أصحاب الرأي لا حكم للقافة ويلحق بالمدعين جميعاً لأن الحكم بها مبنى على الشبه والظن فإن الشبه يوجد بين الأجانب وبدليل الرجل الذي ولد له غلام أسود وقوله عليه الصلاة والسلام «لعله نزعه عرق» ولنا ما روى الشيخان عن عائشة رضى الله عنه «أن النبي ﷺ دخل عليها يبرق أسارير وجهه فقال ألم تر أن مجزز المدلجي نظر آنفا إلى زيد وأسامة وقد غطيا رءوسهما وبدت أقدامهما فقال إن هذه الأقدام بعضها من بعض وقضى به عمر رضى الله عنه بحضرة الصحابة فكان إجماعا ويدل عليه قوله عليه الصلاة والسلام في ولد الملاعنة «لولا الإيمان لكان لي ولها شأن» فحكم به عليه الصلاة والسلام للذى أشبهه. الشرح الكبير (٣/٥٠٩-٥١٠).

(٢) قوله: «وإن ألحقته بهما لحق بهما» أي وكان ابنهما يرث ميراث ابن ويرثانه جميعا ميراث أب وأخذ يروى ذلك عن عمر وعلى رضى الله عنهما وهو قول أبي ثور وقال الشافعي: لا يلحق بأكثر من واحد فإن ألحقته بهما سقط قولهما، ولنا ما روى سعيد حدثنا سفيان عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار عن عمر رضى الله عنه في امرأة وطئها رجلان في طهر فقال القائف قد اشتركا فيه جميعا فجعله بينهما. وبإسناده عن الشعبي قال وعلي يقول هو ابنهما وهما أبواه يرثهما ويرثانه. الشرح الكبير (٣/٥١٠).

على قوله: «وإن كثروا» هذا المذهب نص عليه. انظر الإنصاف (٦/٤٣٣).

(٣) انظر لسان العرب (٥/٣٧٠٨) [قفا].

(٤) إلى هنا ذكره شيخ الإسلام موفق الدين المقدسي. انظر المغني (٦/٤٧) المبدع لابن مفلح (٥/٣٠٧)، منار السبيل (١/٤٣٣)، الروض المربع (٢/٤٥٠) ، كشاف القناع للبهوتي (٤/٢٣٧).

واحدة، وإن ادعاه أكثر من اثنين فألحق بهم لحق بهم وإن كثروا، وقال ابن حامد: لا يلحق بأكثر من اثنين، وإن نفته القافة عنهم أو أشكل عليهم أو لم يوجد قافة ضاع نسبه في أحد الوجهين. وفي الآخر يترك حتى يبلغ فينتسب إلى من شاء منهم أومأ إليه أحمد رحمه الله، وكذلك الحكم إن وطئ اثنان امرأة بشبهة [1] أو جارية مشتركة بينهما في طهر واحد أو وطئت زوجة رجل أو أم ولده بشبهة وأتت بولد يمكن أن يكون منه فادعى الزوج أنه من الواطئ أري القافة معهما، ولا يقبل قول القائف إلا أن يكون ذكرا عدلا مجربا في الإصابة.

كتاب الوقف

وهو تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة[2]، وفيه روايتان: إحداهما أنه يحصل بالقول

كتاب الوقف

الوقف مصدر وقف، يقال: وقف الشيء وأوقفه حبسه وأحبسه، وسبله، كله

---

(١) قوله: «وكذلك الحكم إن وطئ اثنان إلخ» أى كاللقيط فألحق بمن ألحقوه به منهما سواء ادعياه أو جحداه أو أحدهما وقد ثبت الفراش، ذكره القاضي. وشرط أبو الخطاب في وطء الزوجة أن يدعي الزوج أنه من الشبهة فعلى قوله إن ادعاه لنفسه اختص به لقوة جانبه ذكره في المحرر، وفي ثالث يكون صاحب الفراش أولى به عند عدم القافة لثبوت فراشه ذكره في الواضح وكذلك إن تزوجها كل منهما تزويجا فاسداً أو كان أحدهما صحيحا والآخر فاسدا مثل أن يطلق امرأته فينكحها غيره في عدتها ويطأها أو يبيع أمته فيطأها المشتري قبل الاستبراء وتأتي بولد يمكن أن يكون منهما فإنه يرى القافة معهما فبأيهما ألحقوه لحق والخلاف فيه كالخلاف في اللقيط. ويأتي في آخر اللعان إن شاء الله تعالى هل للزوج أو السيد نفيه باللعان إذا ألحق به أو بهما. المبدع (٥/١٤٩).

(٢) قوله: (وهو تحبيس الأصل إلخ» وهو مستحب، والأصل فيه ما روى عبد الله بن عمر رضى الله عنهما قال «أصاب عمر أرضا بخيبر فأتى النبي ﷺ يستأمره فيها فقال: يا رسول الله إني أصبت أرضا بخيبر لم أصب قط مالا أنفس عندى منه، فما تأمرني فيه؟ قال: إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها غير أنه لا يباع أصلها ولا يبتاع ولا يوهب ولا يورث. قال فتصدق بها عمر في الفقراء وذوي القربى والرقاب وابن السبيل والضعيف لا جناح على وليها أن يأكل منها أو يطعم صديقا بالمعروف غير متأثل فيه أو غير متمول فيه» متفق عليه، وروي عن النبي ﷺ «إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث صدقة جارية عليه أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له» قال الشيخ تقي الدين رحمه الله: وأقرب الحدود في الوقف أنه كل عين يجوز عاريتها فأدخل في حده أشياء كثيرة لا يجوز وقفها عند أحمد والأصحاب. المبدع (٥/١٥١-١٥٢).

والفعل الدال عليه[1] مثل أن يبنى مسجدا ويأذن للناس في الصلاة فيه، أو يجعل أرضه مقبرة ويأذن لهم في الدفن فيها، أو سقاية ويشرعها لهم. والأخرى لا يصح إلا بالقول، وصريحه وقفت وحبست وسبلت[2]، وكنايته تصدقت وحرمت وأبدت[3]،فلا يصح الوقف بالكناية إلا أن

بمعنى واحد[4]، وهو مما اختص به المسلمون.

قال الشافعي رحمه الله: لم يحبس أهل الجاهلية فيما علمته، وإنما حبس أهل الإسلام[5]، وسمي وقفاً، لكن العين موقوفة، وحبساً، لأن العين محبوسة. وحده المصنف رحمه الله لم يجمع شروط الوقف.

وحده غيره فقال: تحبيس مالك مطلق التصرف ماله المنتفع به، مع بقاء عينه، بقطع تصرف المالك، وغيره في رقبته، يصرف ريعه إلى جهة بر تقرباً إلى الله تعالى[6].

«**أو سقاية**» السقاية، بكسر السين: الموضع الذي يتخذ فيه الشراب في المواسم، وغيرها، عن ابن عباد: والمراد هنا بالسقاية: البيت المبني لقضاء حاجة الإنسان، فلعله سمي بذلك تشبيهاً بذلك، ولم أره منصوصاً عليه في شيء من كتب اللغة والغريب، إلا بمعنى موضع الشراب، وبمعنى الصواع.

---

(١) قوله: « إحداهما أنه يحصل إلخ» وهذا المذهب كما مثل به المصنف فعلى هذا ليس له الرجوع وهذا قول أبي حنيفة. الشرح الكبير (٣/٣٩١-٣٩٢).

(٢) قوله: «والأخرى إلخ» اختارها أبو محمد الجوزي وهو مذهب الشافعي. المبدع (٥/ ١٥٢).

(٣) قوله: « وكنايته إلخ» أى لعدم خلوص كل لفظ منها عن الاشتراك فإن الصدقة تستعمل في الزكاة وهى ظاهرة في صدقة التطوع والتحريم صريح في الظهار والتأبيد يستعمل في كل ما يراد تأبيده. المبدع (٥/١٥٣).

(٤) انظر لسان العرب (٦/٤٧٩٨). وهو نصه في الأم (٤/٥٢).

(٥) ونقله عن الإمام الشافعي الشيخ ابن مفلح انظر المبدع (٥/٣١٢) والبهوتي. انظر كشاف القناع (٤/٢٤٠).

(٦) هكذا عرفه الشيخ البهوتي. انظر كشاف القناع (٣/٢٤٠-٢٤١).

ينويه[1] أو يقرن بها أحد الألفاظ الباقية أو حكم الوقف فيقول تصدقت صدقة موقوفة أو محبسة أو مسبلة أو محرمة أو مؤبدة أو لا تباع ولا توهب ولا تورث، ولا يصح إلا بشروط أربعة: **(أحدها)** أن يكون في عين يجوز بيعها ويمكن الانتفاع بها دائماً مع بقاء عينها كالعقار والحيوان والأثاث والسلاح[2]. ويصح وقف المشاع[3]، ويصح وقف الحلي على اللبس

«**أو يقرن**» أي: يجمع ويضم، والمشهور ضم الراء، وقد حكي كسرها.

---

(١) قوله: « إلا أن ينويه» أى المالك فمتى أتى بإحدى هذه الكنايات واعترف أنه نوى بها الوقف لزمه في الحكم، وإن قال ما أردت بها الوقف قبل قوله لأنه أعلم بما في ضميره. المبدع (١٥٣/٥).

[فائدتان] إحداهما: إذا قال تصدقت بأرضى على فلان والنظر لى أيام حياتي أو النظر لفلان ثم من بعده على ولده أو من بعده على فلان. أو تصدقت به على قبيلة كذا أو طائفة كذا كالفقراء والغزاة كان وقفاً لأن هذه الألفاظ ونحوها لا تستعمل فيما عدا الوقف فأشبه ما لو أتى بلفظه الصريح. انظر الإنصاف (٦/٧).

(الثانية) لو قال تصدقت بدارى على فلان ثم قال بعد ذلك أردت الوقف و لم يصدقه فلان وقال إنما هى صدقة فلى التصرف في رقبتها بما أريد لم يقبل قول المصدق في الحكم لأنه خلاف الظاهر قال في الإنصاف فيعايا بها. الإنصاف (٦/٧).

على قوله: «أو يقرن بها أحد الألفاظ الباقية» وهى الكنايتان والصرائح الثلاث لأن اللفظ يترجح بذلك لإرادة الوقف. المبدع (١٥٣/٥).

على قوله: «فيقول» هذا مثال للأول. المبدع (١٥٤/٥).

على قوله: «أو لا تباع ولا توهب ولا تورث» أى لأن هذه القرينة تزيل الاشتراك. المبدع (١٥٤/٥).

على قوله: «أن يكون في عين يجوز بيعها» غير المصحف فيصح وقفه وإن لم يجز بيعه. المبدع (١٥٤/٥).

على قوله: «مع بقاء عينها» كالإجارة.

(٢) قوله: «كالعقار إلخ» أما العقار فلحديث عمر، وأما الحيوان فلحديث أبي هريرة رضى الله عنه مرفوعا «من احتبس فرسا في سبيل الله إيماناً واحتساباً فإن شبعه وروثه وبوله في ميزانه حسنات» رواه البخارى، وأما الأثاث والسلاح فقوله عليه الصلاة والسلام «أما خالد فقد حبس أدراعه وأعتاده في سبيل الله» متفق عليه. قال الخطابي الأعتاد ما يعده الرجل من مركوب وسلاح وآلة الجهاد. المبدع (١٥٤/٥).

(٣) قوله: «ويصح وقف المشاع» هذا المذهب، وبه قال مالك والشافعي وأكثر الفقهاء ويعتبر أن يقول كذا سهما من كذا سهما قاله أحمد رحمه الله تعالى. الشرح الكبير (٣٩٣/٣).

والعارية[١]، وعنه لا يصح ولا يصح الوقف في الذمة كعبد ودار، ولا غير معين[٢] كأحد هذين، ولا وقف ما لا يجوز بيعه كأم الولد والكلب، ولا ما لا ينتفع به مع بقائه دائماً كالأثمان والمطعوم والرياحين[٣]. **(الثاني)**: أن يكون على بر كالمساكين والمساجد والقناطر والأقارب مسلمين كانوا أو من أهل

«**والرياحين**» جمع ريحان بكسر الراء، قال أبو السعادات: هو كل نبت طيب الريح من أنواع المشموم.

«**والقناطر**» القناطر: جمع قنطرة. قال الجوهري: وهي الجسر.

---

(١) قوله: «ويصح وقف الحلى إلخ» هذا المذهب وبه قال الشافعي لما روى نافع قال ابتاعت حفصة حليا بعشرين ألفا فحبسته على نساء آل الخطاب فكانت لا تخرج زكاته رواه الخلال. انظر الشرح الكبير (٣٩٨/٣).

(٢) قوله: «ولا غير معين» وهذا المذهب بلا ريب وعليه الأصحاب قال في التلخيص ويحتمل أن يصح كالعتق ونقل جماعة عن أحمد فيمن وقف دارا و لم يحدها قال يصح وإن لم يحدها إذا كانت معروفة اختاره الشيخ تقي الدين فعلى الصحة يخرج المبهم بالقرعة قاله الحارثي وصاحب الرعاية وغيرهما. المبدع (١٥٦/٥)، الإنصاف (٨/٧).

(٣) قوله: «ولا ما لا ينتفع به إلخ» في قول عامة أهل العلم لأن ما لا ينتفع به إلا بالإتلاف لا يصح وقفه كالشمع ليشعله وقال في الفائق وعنه يصح وقف الدراهم فينتفع بها في القرض ونحوه اختاره شيخنا يعني به الشيخ تقي الدين وقال في الاختيارات ولو وقف الدراهم على المحتاجين لم يكن جواز هذا بعيد، وأما إذا وقف الأثمان للتحلى والوزن فالصحيح من المذهب أنه لا يصح ونقله الجماعة عن أحمد وقيل يصح قياسا على الإجارة ويستثنى منه ما لو وقف فرسا بسرج ولجام مفضضيين فإنه يصح ويدخل تبعا نص عليه. المبدع (١٥٦/٥).

[فائدتان] أحدهما: لو وقف قنديل ذهب أو فضة على مسجد لم يصح وهو باق على ملك ربه فيزكيه على الصحيح من المذهب، وقيل يصح فيكسر ويصرف في مصالحه اختاره المصنف قال في الإنصاف وهو الصواب. وقال الشيخ تقي الدين لو وقف قنديل نقد للنبي ﷺ صرف لجيرانه ﷺ قيمته وقال في موضع آخر النذر للقبور هو للمصالح ما لم يعلم ربه وفي الكفارة الخلاف وإن من الحسن صرفه في نظيره من المشروع ولو تصدق بدهن على مسجد ليوقد فيه جاز ويكون من باب الوقف قاله الشيخ تقي الدين. الإنصاف (١٠/٧).

(الثانية) قال في الفائق: ويجوز وقف الماء نص عليه قال في الفروع وفي الجامع يصح وقف الماء. انظر الإنصاف (١١/٧).

الذمة[1]، ولا يصح على الكنائس وبيوت النار وكتابة التوراة والإنجيل[2]، ولا على حربي ولا مرتد[3]، ولا يصح على نفسه في إحدى ....

«**وكتابة التوراة والإنجيل**» **التوراة:** الكتاب الذي أنزله الله تعالى على موسى عليه السلام، وقال العزيزي في تفسير غريب القرآن: التوراة: معناها: الضياء والنور، وقال البصريون: أصلها وورية: فوعلة من وري الزند، وورى لغتان: إذا خرجت ناره، لكن قلبت الواو الأولى تاء، كما قلبت في «يولج» وأصله «وولج» أي: دخل، والياء قلبت ألفاً لتحركها وانفتاح ما قبلها. وقال الكوفيون: توراة أصلها «تورية» على تفعلة، ويجوز أن يكون تورية على «تفعلة» فنقل من الكسر إلى الفتح، كقولهم: جارِية وجاراة. **والإنجيل:** الكتاب المنزل على عيسى ابن مريم عليهما السلام. وهو فعيل من النجل، وهو الأصل. والإنجيل: أصل لعلوم وحكم. ويقال: هو من نجلت الشيء: إذا استخرجته وأظهرته، فالإنجيل: مستخرج به علوم وحكم.

---

(١) قوله: «الثاني أن يكون على بر إلخ» هذا المذهب ويصح الوقف على أهل الذمة لقوله تعالى: ﴿ لَّا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ لَمْ يُقَـٰتِلُوكُمْ فِى ٱلدِّينِ ﴾ الآية وإذا جازت الصدقة عليهم جاز الوقف عليهم وروي أن صفية زوج النبي ﷺ وقفت على أخ لها يهودي، فعلى المذهب لا يصح الوقف على مباح كتعليم شعر مباح ولا على مكروه كتعليم منطق لانتفاء القربة ولا يصح وقف الستور لغير الكعبة لأنه بدعة وصححه ابن الزاغوني فيصرف لمصلحته، ويصح وقف عبده على حجرة النبي ﷺ لإخراج ترابها وإشعال قناديلها لا لإشعالها وحده وتعليق ستورها الحرير والتعليق وكنس الحائط ونحو ذلك. المبدع (١٥٧/٥).

على قوله: «أن يكون على بر» وسواء كان الواقف مسلما أو ذميا نص عليه. الإنصاف (١٢/٦).

على قوله: «والقناطر» والسقايات والمقابر وكتب العلم. المبدع ١٥٧/٥.

(٢) قوله: «ولا يصح على الكنائس إلخ» وكذا البيع وهذا المذهب لأن ذلك معصية، ولذلك غضب النبي ﷺ على عمر حين رأى معه صحيفة فيها شيء من التوراة، قال أحمد رحمه الله تعالى في نصارى وقفوا على البيعة ضياعا وماتوا ولهم أبناء نصارى فأسلموا والضياع بيد النصارى فلهم أخذها والمسلمين عونهم حتى يستخرجوها من أيديهم وهذا مذهب الشافعي، قال المصنف ولا نعلم فيه مخالفا. والذمي كالمسلم في عدم الصحة في ذلك على الصحيح من المذهب فلا يصح وقف الذمي على الكنائس والبيع وبيوت النار ونحوها. الشرح الكبير (٣٩٥/٣).

(٣) قوله: «ولا على حربي أو مرتد» هذا المذهب لأن أموالهما مباحة في الأصل. المبدع (٥/ ١٥٩)، الإنصاف (١٥/٧).

الروايتين[1]. وإن وقف على غيره واستثنى الأكل منه مدة حياته صح[2].
(**الثالث**) أن يقف على معين يملك، ولا يصح على مجهول كرجل ومسجد، ولا

---

(١) قوله: «ولا يصح على نفسه إلخ» وهى المذهب وعليه أكثر الأصحاب قال في رواية أبي طالب لا أعرف الوقف إلا ما أخرجه لله تعالى فإن وقفه عليه حتى يموت فلا أعرفه فعليها يكون باطلا وهذا مذهب الشافعي لأن الوقف تمليك إما للرقبة أو للمنفعة وكلاهما لا يصح لأن الإنسان لا يجوز له أن يملك نفسه من نفسه فإن وقفه على نفسه ثم من بعده على ولده أو على المساكين فعلى المذهب يكون الوقف عليه باطلا وهل يبطل على من بعده فيه وجهان قال في المبدع والأصح أنه يصرف لمن بعده في الحال والثانية: يصح قال في المذهب ومسبوك الذهب صح في ظاهر المذهب قال الحارثي هذا الصحيح وقال أبو المعالي يصح في الأصح قال الناظم «يجوز على المنصور من نص أحمد» قال في الفائق وهو المختار واختاره الشيخ تقي الدين وقال ابن عقيل هى أصح وهى قول ابن أبي ليلى وابن شبرمة وابن سريج قال في الإنصاف وهذه الرواية عليها العمل في زمننا وقبله عند حكامنا من أزمنة متطاولة وهو الصواب وفيه مصلحة عظيمة وترغيب في فعل الخير وهو من محاسن المذهب. الشرح الكبير (٣/ ٣٩٦)، الإنصاف (٦/١٥-١٧).

(٢) قوله: «وإن وقف إلخ» هذا المذهب نص عليه واحتج بأنه قال سمعت ابن عيينة عن ابن طاوس عن أبيه عن حجر المدرى أن في صدقة رسول الله ﷺ أن يأكل أهله منها بالمعروف وشرط عمر رضى الله عنه أكل الوالي عليها وكان هو الوالي عليها وبه قال ابن أبي ليلى وابن شبرمة وأبو يوسف والزبيري وابن سريج وقال مالك والشافعي ومحمد بن الحسن: لا يصح الوقف لأنه إزالة الملك فلم يجز اشتراط نفعه لنفسه كالبيع والهبة. الشرح الكبير (٣/٣٩٦-٣٩٧).

[فائدة] لو وقف على الفقراء ثم افتقر أبيح له التناول على الصحيح من المذهب وعليه جماهير الأصحاب ونص عليه. الإنصاف (٧/١٨).

على قوله: «وإن وقف على غيره واستثنى الأكل منه مدة حياته» أو مدة معلومة أو استثنى الأكل والانتفاع لأهله أو يطعم صديقه، قال في المستوعب: وكذا إن شرط لأولاده أو بعضهم سكنى الوقف مدة حياتهم فعلى المذهب لو مات في أثناء المدة المستثناة، فقال في المغني ينبغي أن يكون ذلك لورثته وعلى المذهب يجوز إيجارها للموقوف عليه ولغيره. الإنصاف (٧/١٨).

على قوله: «أن يقف على معين» أى لأن الوقف تمليك فلا يصح على غير معين كالهبة. المبدع (٥/١٥٩).

على قوله: «ولا يصح على مجهول كرجل ومسجد» بلا نزاع وكذا لا يصح لو كان مبهما كأحد هذين الرجلين على الصحيح من المذهب. انظر المبدع (٥/١٦٠).

على حيوان لا يملك كالعبد والحمل[1] والملك والبهيمة. **(الرابع)** أن يقف ناجزا[2] فإن علقه على شرط لم يصح[3] إلا أن يقول هو وقف بعد موتي فيصح في قول الخرقي وقال أبو الخطاب لا يصح[4].

«**والملك**» الملك، بفتح اللام: أحد الملائكة، أصله مألك مشتق من المألكة بفتح اللام وضمها: وهي الرسالة، سمي بذلك؛ لأنه مبلغ عن الله عز وجل ثم حولت

على قوله: «كالعبد» لا يصح الوقف على العبد على الصحيح من المذهب نص عليه، ولو قلنا يملك بالتمليك لأن ملكه كالعدم والمدبر وأم الولد كالقن وكذا المكاتب واختار الحارثي صحة الوقف على أم الولد، وقال الشيخ تقي الدين: يصح الوقف على أم ولده بعد موته وإن وقف على غيرها على أن ينفق عليها مدة حياتها أو يكون الريع لها مدة حياتها صح. المبدع (١٦٠/٥)، الإنصاف (١٩/٧-٢٠).

(١) قوله: «والحمل» هذا المذهب وصحح ابن عقيل جواز الوقف على الحمل ابتداء واختاره الحارثي. الإنصاف (٢١/٧).

[تنبيه] إيراد المصنف في منع الوقف على الحمل يختص بما إذا كان الحمل أصلا في الوقف أما إذا كان تبعا بأن وقف على أولاده أو على أولاد فلان وفيهم حمل أو انتقل إلى بطن وفيهم حمل فيصح بلا نزاع لكن لا يشاركهم قبل ولادته على الصحيح من المذهب نص عليه، وقال ابن عقيل: يثبت له استحقاق الوقف في حال كونه حملا حتى صحح الوقف عليه ابتداء وأفتى الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى باستحقاق الحمل من الوقف. الإنصاف (٢١/٧-٢٢).

(٢) قوله: «أن يقف ناجزا» مثل أن يقول إذا جاء رأس الشهر فدارى وقف أو إذا ولد لى أو إذا قدم غائب ونحو ذلك ولا نعلم في هذا خلافا. المبدع (١٦٠/٥).

(٣) قوله: «لم يصح» وقيل: يصح واختاره الشيخ تقي الدين وصاحب الفائق والحارثي. الإنصاف (٢٢/٧).

(٤) قوله: «إلا أن يقول إلخ» وهو المذهب واختاره الشيخ تقي الدين فعلى المذهب يكون لازما من حين قوله هو وقف بعد موتي، وقال الحارثي: كلام الأصحاب يقتضي أن الوقف المعلق على الموت أو على شرط في الحياة لا يقع لازما قبل وجود المعلق عليه لأن ما هو معلق بالموت وصية والوصية في قولهم لا تلزم قبل الموت والمعلق على شرط في الحياة في معناها، قال: والمنصوص عن أحمد في المعلق على الموت هو اللزوم انتهى. ويعتبر الوقف المعلق بالموت من ثلثه لأنه في حكم الوصية فإن زاد على الثلث توقف لزوم الوقف في الزائد على إجازة الورثة وإن شرط شرطا فاسدا في الوقف كخيار بأن قال: وقفته بشرط الخيار أبدا أو مدة معينة أو شرط تحويله عن الموقوف عليه أو بيعه متى شاء ونحوه لم يصح الوقف، وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى: يصح في الكل، قاله في الفائق ولو شرط البيع عند خرابه وصرف الثمن في مثله أو شرطه للمتولى بعده وهو من ينظر في الوقف فسد الشرط فقط. الإنصاف (٢٢/٧-٢٣).

فصل

ولا يشترط القبول إلا أن يكون على آدمي معين ففيه وجهان[1]: أحدهما يشترط ذلك فإن لم يقبله أو رده بطل في حقه دون من بعده وكان كما لو وقف؛ على من لا يجوز ثم على من يجوز يصرف في الحال إلى من بعده[2]

الهمزة إلى موضع اللام، ثم خففت الهمزة بحذفها وإلقاء حركتها على الساكن قبلها، فوزنه حينئذ «فعل» وقد جاء على الأصل في الصورة . قال الشاعر:

فلست لإنسي ولكن لمألك تنزل من جو السماء يصوب

فوزن مألك مفعل.

«**على من لا يجوز ثم على من يجوز**» الأصل: على من يجوز عليه، والضمير في

---

(١) قوله: «إلا أن يكون على آدمي معين إلخ» إذا وقف وقفا فلا يخلو إما أن يكون على آدمى معين أو غيره، فإن كان على غير معين فقطع المصنف هنا أنه لا يشترط القبول وهو صحيح وهو المذهب وعليه الأصحاب. وإن كان الموقوف عليه آدميا معينا زاد في الرعايتين أو جمع محصور فالمذهب أنه لا يشترط أيضاً لأنه إزالة ملك يمنع البيع فلم يعتبر فيه القبول كالعتق. والفرق أن الوقف لا يخص المعين بل يتعلق به حق من يأتي من البطون في المستقبل فيكون الوقف على جميعهم إلا أنه مرتب فعلى المذهب لا يبطل برده فرده وقبوله وعدمهما واحد كالعتق جزم به في المغني والشرح. المبدع (٥/١٦١-١٦٢).

على قوله: «بطل في حقه دون من بعده» هذا مفرع على القول باشتراط القبول.

(٢) قوله: «وكان كما لو وقف على من لا يجوز إلخ» هذا الوقف المنقطع الابتداء وهو صحيح على الصحيح من المذهب لأن الواقف قصد صيرورة الوقف إليه في الجملة ولا حالة يمكن انتظارها فوجب الصرف إليه لئلا يفوت غرض الواقف ولئلا تبطل فائدة الصحة. المبدع (٥/١٦٢).

على قوله: «على من لا يجوز» كالمجهول.

على قوله: «ثم على من يجوز» كالمساكين.

على قوله: «إن كان من لا يجوز» الوقف عليه.

على قوله: «كرجل معين» أي كعبده وأم ولده.

على قوله: «المنقطع» الانتهاء على ما يأتي.

على قوله: «ثم يصرف إلى من بعده» أي من يجوز عليه الوقف.

على قوله: «وإن وقف على جهة تنقطع» أي كأولاده لأنه بحكم العادة يمكن انقراضهم.المبدع (٥/١٦٢).

وفيه وجه آخر أنه إن كان من لا يجوز يعرف انقراضه كرجل معين صرف إلى مصرف الوقف المنقطع إلى أن ينقرض ثم يصرف إلى من بعده، وإن وقف على جهة تنقطع[1] ولم يذكر له مآلاً، وكذا على من يجوز ثم على من لا يجوز أو

يجوز عائد على الوقف الدال عليه وقف؛ لأن ذكر الفعل مشعر بالمصدر، وحذف العائد على «من» لأنه مجرور بحرف جر الموصول بمثله، كقوله تعالى: ﴿وَيَشْرَبُ مِمَّا تَشْرَبُونَ﴾ [المؤمنون: ٣٣] تقديره: منه، ومنه قول الشاعر:

نصلي للذي صلت قريش ونعبده وإن جحد العموم

«**ولم يذكر مآلا**» المآل بهمزة مفتوحة بعد الميم المفتوحة: المرجع، يقال: آل يؤول مآلا، أي: مرجعا.

---

(١) قوله: «وإن وقف على جهة تنقطع» وجملة ذلك أن الوقف الذي لا اختلاف في صحته عند القائلين بصحة الوقف ما كان معلوم الابتداء والانتهاء غير منقطع مثل أن يجعله على المساكين أو طائفة لا يجوز بحكم العادة انقراضهم، وإن كان غير معلوم الانتهاء وهي مسألة الكتاب مثل أن يقف على قوم يجوز انقراضهم بحكم العادة ولم يجعل آخره للمساكين ولا لجهة غير منقطعة فالمذهب الصحة وبه قال مالك وأبو يوسف والشافعي في أحد قولين لأنه معلوم المصرف فصح كما لو صرح بمصرفه إذا المطلق يحمل على العرف كنقد البلد وحينئذ يصرف إلى ورثة الواقف وقفا عليهم وهذا المذهب لأن الوقف مصرفه البر وأقاربه أولى الناس به لقوله عليه الصلاة والسلام «صدقتك على غير ذي رحمك صدقة وصدقتك على ذي رحمك صدقة وصلة» ولقوله ﷺ «إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس» ولأنهم أولى الناس بصدقاته النوافل فعليها يقسم على قدر إرثهم جزم به في الفروع وغيره قال القاضي فللبنت مع الابن الثلث وله الباقي وللأخ من الأم مع الأخ للأب السدس وله ما بقي وإن كان أخ وجد قاسمه وإن كان أخ وعم انفرد به الأخ وإن كان عم وابن عم انفرد به العم.
وقال الحارثي وهذا تخصيص بمن يرث من الأقارب في حال دون حال وتفضيل لبعض على بعض ولو وقف على أقاربه لما قالوا فيه بهذا التخصيص والتفضيل وكذا لو وقف على أولاده أو أولاد زيد لا يفضل فيه الذكر على الأنثى وقد قالوا هنا إنما ينتقل إلى الأقارب وقفا انتهى فظاهر كلامه أنه مال إلى عدم المفاضلة وما هو ببعيد قاله صاحب الإنصاف قال في الفائق وعنه في أقاربه ذكرهم وأنثاهم بالسوية، ويختص به الوارث. انتهى. انظر/ الشرح الكبير(٣/ ٤٠٠)، الإنصاف(٧/ ٢٨).

قال: وقفت وسكت[1] انصرف بعد انقراض من يجوز الوقف عليه إلى ورثة الواقف وقفا عليهم في إحدى الروايتين والأخرى إلى أقرب عصبته[2] وهل

---

(١) قوله: «وكذا إذا وقف على من يجوز» الوقف عليه كأولاده «ثم على من لا يجوز أو وقفه وسكت» فإنه يصرف إلى ورثة الواقف نسبا حين الانقراض. المبدع(٥/١٦٣).
[فائدتان] إذا انقطعت الجهة الموقوف عليها في حياة الواقف بأن وقف على أولاده أو أولاد زيد فقط فانقرضوا في حياته رجع الوقف إلى الواقف وقفا عليه ولو وقف على أولاده وأنسالهم على أنه من توفي منهم من غير ولد رجع نصيبه إلى أقرب الناس إليه فتوفى أحد أولاد الواقف من غير ولد والأب الواقف حي فهل يعود نصيبه إليه لكونه أقرب الناس إليه أم لا؟ تخرج على ما قبلها.
(الثانية) للوقف صفات: إحداها متصل الابتداء والوسط والانتهاء. الثانية منقطع الابتداء متصل الانتهاء. الثالثة متصل الابتداء منقطع الانتهاء عكس الذي قبله. الرابعة متصل الابتداء والانتهاء منقطع الوسط. الخامسة عكس الذي قبله منقطع الطرفين صحيح الوسط وأمثلتها واضحة وكلها صحيحة على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب. السادسة منقطع الأول والوسط والآخر مثل أن يقف على من لا يصح الوقف عليه ويسكت أو يذكر ما لا يصح الوقف عليه أيضاً فهذا باطل بلا نزاع بين الأصحاب فالصفة الأولى هي الأصل في كلام المصنف وغيره. والصفة الثانية تؤخذ من كلام المصنف حيث قال وكان كما لو وقف على من لا يجوز ثم على من يجوز. والصفة الثالثة تؤخذ من كلامه أيضاً حيث قال وإن وقف على جهة تنقطع ولم يذكر له مآلا أو على من يجوز ثم على من لا يجوز. والرابعة والخامسة لم يذكرهما المصنف لكن الحكم واحد. الإنصاف(٧/٣٢-٣٣، المبدع(٥/١٦٤).

(٢) قوله: «والأخرى إلى أقرب عصبته» أي لأنهم أقاربه وأولى الناس ببره لقوله عليه الصلاة والسلام « ابدأ بمن تعول أمك وأباك وأختك وأخاك ثم أدناك أدناك» رواه النسائي، فعلى الروايتين يكون وقفا على الصحيح من المذهب لأن الملك زال بالوقف فلا يعود ملكا نص عليه وعنه يكون ملكا قال في الفائق وقيل يكون ملكا اختاره الخرقي قال في المغني ويحتمله كلام الخرقي قال في الفائق وقال ابن أبي موسى إن رجع إلى الورثة كان ملكا بخلاف العصبة قال الشيخ تقي الدين وهذا أصح وأشبه بكلام أحمد قال في الشرح وقال شيخنا ولا يقوى عندي رجوعه إليهم فإن استحقاقهم لهذا دون غيرهم من الناس لا يكون إلا بدليل من نص أو إجماع ولا نعلم فيه نصا ولا إجماعا ولا يصح قياسه على ميراث ولا الوالي لأن علته لا تحقق ههنا وأقرب الأقوال فيه صرفه إلى المساكين وهو رواية ثالثة عن أحمد واختارها جماعة من الأصحاب لأنهم مصارف مال الله تعالى وحقوقه فإن كان في أقارب الواقف مساكين كانوا أولى به لا على سبيل الوجوب كما أنهم أولى بزكاته وصلاته مع جواز الصرف إلى غيرهم فإن لم يكن للواقف أقارب أو كان له أقارب فانقرضوا صرف إلى الفقراء والمساكين =

يختص به فقراؤهم؟ على وجهين. وقال القاضي في موضع يكون وقفا على المساكين، وإن قال وقفته سنة لم يصح[1] ويحتمل أن يصح ويصرف بعدها مصرف المنقطع، ولا يشترط إخراج الوقف عن يده في إحدى الروايتين[2].

فصل

ويملك الموقوف عليه الوقف[3]. وعنه لا يملكه ويملك صوفه ولبنه وثمرته ونفعه، وليس له وطء الجارية فإن فعل فلا حد عليه ولا مهر[4]، وإن أتت بولد فهو حر وعليه قيمته يشتري بها ما يقوم مقامه[5] وتصير أم ولده تعتق بموته وتجب قيمتها

= وقفا عليهم لأن القصد به الثواب الجارى عليه على وجه الدوام. وهذا الصحيح من المذهب. انظر/ الشرح الكبير(٣/ ٤٠٠-٤٠١).

على قوله: «على وجهين» المذهب عدم الاختصاص. الإنصاف(٧/ ٣٠).

(١) قوله: «وإن قال وقفته سنة لم يصح» هذا المذهب وكذا إذا قال إلى قدوم الحاج لأن مقتضاه التأبيد، والتأقيت ينافيه. المبدع(٥/ ١٦٥، الإنصاف(٦/ ٣٤).

[فائدة] لو وقفه على ولده سنة ثم على زيد سنة ثم على عمرو سنة ثم على المساكين صح لاتصاله ابتداء وانتهاء، وكذا لو قال وقفته على ولدى مدة حياتي ثم على زيد ثم على المساكين صح، ولو قال وقفته على الفقراء ثم على أولادى صح للفقراء فقط ويلغى الأولاد لأن الفقراء لا انقراض لهم. المبدع(٥/ ٣٤).

(٢) قوله: «ولا يشترط إلخ» أى لا يشترط للزومه بل يلزم بمجرد اللفظ وهذا المذهب لحديث عمر السابق. المبدع(٥/ ١٦٥).

(٣) قوله: «ويملك الموقوف عليه إلخ» هذا المذهب وعليه الأصحاب، وهذا من مفردات المذهب، هذا إذا كان الموقوف عليه آدميا معينا أو جمعا محصورا لأنه سبب يزيل التصرف في الرقبة فملكه المنتقل إليه كالهبة وفارق العتق من حيث أنه إخراج عن حكم المالية، ولأنه لو كان تمليكا للمنفعة المجردة لم يلزم كالعارية، والسكنى، وعنه ملك لله، وعنه للواقف.

انظر/ المبدع(٥/ ١٦٥).

(٤) قوله: «وليس له وطء الجارية إلخ» هذا الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب وهذا من فوائد الخلاف على القول بالملك فلا يجب عليه حد للشبهة ولا مهر لأنه لو وجب عليه لوجب له ولا يجب للإنسان شيء على نفسه. المبدع(٥/ ١٦٦).

(٥) قوله: «وإن أتت بولد إلخ» هذا المذهب أى لأن الولد من وطء شبهة وأوجبنا على الواطئ قيمته لأنه فوت رقه ولأن القيمة بدل عن الوقف فوجب أن ترد في مثله وهذا من فوائد الخلاف إن قلنا هى ملك وإن قلنا لا يملكها لم تصر أم ولد وهى وقف بحالها. المبدع(٥/ ١٦٦، الإنصاف(٧/ ٣٧-٣٨).

في تركته[1] ويشترى بها مثلها تكون وقفا. وإن وطئها أجنبي بشبهة فأتت بولد فالولد حر وعليه المهر لأهل الوقف وقيمة الولد[2] وإن تلفت فعليه قيمتهما يشترى بها مثلهما[3] ويحتمل أن يملك قيمة الولد ههنا ولا يلزمه قيمته أن أولدها. وله تزويج الجارية[4] وأخذ مهرها وولدها وقف

«**يشتري بهما مثلها**» الضمير في بهما عائد إلى قيمتها، وقيمة ولدها.

---

(١) قوله: «وتجب قيمتها إلخ» هذا المذهب أى تعتق بموته كسائر أمهات الأولاد وتجب قيمتها في تركته لأنه أتلفها على من بعده من البطون . المبدع(٥/١٦٦-١٦٧)، الإنصاف(٧/٣٨).

[فائدة] للموقوف عليه تملك زرع غاصب للأرض الموقوفة إذا زرعها بالنفقة حيث يتملك رب الأرض يعني إذا قلنا بالملك وإلا فهو كالمستأجر.

(٢) قوله: «وإذا وطئ الأمة إلخ» أى إذا وطئها غير الموقوف عليه ولو عبدا بشبهة يظنها حرة أو أمته فالولد حر لاعتقاد الواطئ الإباحة وحريته وعليه المهر لأهل الوقف لأن منفعة البضع لهم والمهر بدلها وعلى الواطئ قيمة الولد يوم وضعه تصرف في مثله لأنها بدل عن الوقف فوجب أن ترد في مثله وإن وطئها الواقف وجب المهر للموقوف عليه كيف كان ووجب الحد والولد رقيق ما لم يقل ببقاء ملكه ذكره الحارثي قال في شرح الإقناع قلت الظاهر عدم وجوب الحد لشبهة الخلاف في بقاء ملكه فأما إن كان ولد الموقوفة من زوج أو زنا فهو وقف معها تبعا لأمه. المبدع(٥/١٦٧)، الإنصاف(٧/٣٨).

(٣) قوله: «وإن تلفت إلخ» أى تلفت بالوطء وكذا لو أتلفها متلف ولو من أهل الوقف أو أتلف بعضها كقطع طرف وإذهاب منفعة فعليه القيمة إن أتلفها وإن أتلف بعضها فعلى ما يأتي تفصيله في الجنايات إن شاء الله تعالى، ويشترى بقيمتها مثلها لأنها بدل عنها أو يشترى بها شقص من رقيق إن لم يمكن شراؤه كله، وإن قتل رقيق موقوف عبدا كان أو أمة ولو كان القتل عمدا فليس للموقوف عليه العفو مجانا وليس له القود لأنه لا يختص بالموقوف فهو كعبد مشترك بل يشترى بقيمة الموقوف إذا قتل بدله أى مثله قال الحارثي اعتبار المثلية في البدل المشترى بمعنى وجوب الذكر في الأنثى والأنثى في الذكر والكبير في الكبير وسائر الأوصاف التى تتفاوت الأعيان بتفاوتها لا سيما الصناعة المقصودة في الوقف والدليل على الاعتبار أن الغرض جبران ما فات ولا يحصل بدون ذلك. انظر/ المبدع(٥/١٦٧)، الإنصاف(٧/٣٩).

(٤) قوله: «وله تزويج الجارية» يعني إذا قلنا بملكه الموقوف عليه وهذا من فوائد الخلاف، وعلى الرواية الثانية يزوجها الحاكم، وعلى الثالثة يزوجها الواقف لكن إذا زوج الحاكم اشترط إذن الموقوف عليه وكذا الواقف. المبدع(٥/١٦٧).

معها[1] ويحتمل أن يملكه، وإن جنى الوقف خطأ فالأرش على الموقوف عليه[2] ويحتمل أن يكون في كسبه. وإذا وقف على ثلاثة ثم على المساكين فمن مات منهم رجع نصيبه إلى الآخرين [3].

---

(١) قوله: ((وولدها وقف معها)) هذا المذهب ويحتمل أن يملكه الموقوف عليه وهو اختيار أبي الخطاب قال الحارثي وهذا أشبه بالصواب. الإنصاف(٧/٤٠).

(٢) قوله: ((وإن جنى إلخ)) هذا من فوائد الخلاف يعني إذا قلنا أنه يملك وعلى الثانية تكون جنايته في كسبه على الصحيح وقيل في بيت المال وقيل لا يلزم الموقوف عليه الأرش على القولين. الإنصاف(٧/٤٠)، المبدع(٥/١٦٨).

(تنبيه) هذا إذا كان الموقوف عليه معينا أما إن كان غير معين فقال في المغني ينبغي أن يكون في كسبه لأنه ليس له مستحق معين ولا يمكن تعلقها برقبته قال ويحتمل أن تجب في بيت المال. الإنصاف(٧/٤١).

(تنبيه) حيث أوجبنا الفداء فهو أقل الأمرين من القيمة أو أرش الجناية. الإنصاف(٧/٤١).

(تنبيه) فهذه ثلاث مسائل من فوائد الخلاف ذكرها المصنف. ومنها: لو كان الموقوف ماشية لم تجب زكاتها على الثانية والثالثة وتجب على الموقوف عليه على الأولى على ظاهر كلام أحمد وهي المذهب، وقيل لا تجب مطلقا لضعف الملك، فأما الشجر الموقوف فتجب الزكاة في ثمره على الموقوف عليه وجها واحدا. ومنها النظر للموقوف عليه إن قلنا يملكه ملك النظر عليه على ما يأتي فينظر فيه مطلقا أو وليه إن لم يكن أهلا، وعلى الثانية يكون النظر للحاكم، وعلى الثالثة للواقف. ومنها: هل يستحق الشفعة بشركة الوقف فيه طريقان أحدهما البناء فإن قيل يملكه استحق به الشفعة وإلا فلا. قلت وقد تقدم في باب الشفعة عند قول المصنف ((ولا شفعة بشركة الوقف)) أن المذهب عدم الاستحقاق.

ومنها: نفقة الحيوان فتجب حيث شرطت ومع عدم الشرط تجب في كسبه ومع عدمه تجب على من الملك له.

ومنها: لا يجوز للموقوف عليه أن يتزوج الأمة الموقوفة عليه على الأولى ويجوز على الثانية والثالثة، فعلى الأولى لو وقفت عليه زوجته انفسخ النكاح لوجود الملك.

ومنها: لو سرق الوقف أو نماءه فعلى الأولى يقطع وهو المذهب إذا كان على معين ولا شبهة للسارق وقيل لا وإن قلنا لا يملكه لم يقطع على الصحيح من المذهب. ومنها وجوب إخراج الفطرة على الموقوف عليه على الأولى على الصحيح. انظر/ الإنصاف(٧/٤١-٤٣).

(٣) قوله: ((وإن وقف على ثلاثة إلخ) أي كزيد وعمرو وبكر وهذا المذهب وعليه الأصحاب لأنه الموقوف عليه أولا وعوده إلى المساكين مشروط بانقراضهم إذ استحقاق المساكين مرتب بثم، ولو وقف على ثلاثة ولم يذكر له مآلا فمن مات=

فصل

ويرجع إلى شرط الواقف[1] في قسمه على الموقوف عليه وفي التقديم والتأخير والجمع والترتيب والتسوية والتفضيل وإخراج من شاء بصفة وإدخاله بصفة وفي

«**في التقديم والتأخير**» وبقية الصور، فمثال التقديم والتأخير: يبدأ ببني هاشم، ثم بني المطلب، ومثال الجمع والترتيب: وقفت على أولادي، ثم على أولاد أولادي، ومثال التسوية: الذكر والأنثى سواء. ومثال التفضيل: للذكر مثل حظ الأنثيين. ومثال الإخراج بصفة: من تزوجت، فلا نصيب لها، ومثال الإدخال بصفة: من طلقت قسم لها.

= منهم فحكم نصيبه حكم المنقطع كما لو ماتوا جميعا قاله الحارثي قال وعلى ما في الكتاب أى المقنع يصرف إلى من بقى وقطع به في القواعد قال في المبدع وهو أظهر قال في التنقيح وهو أقوى وجزم به في المنتهى. وإن قال وقفته على أولادى ثم على أولادهم ثم على الفقراء فالصحيح من المذهب أن هذا ترتيب جملة على مثلها لا يستحق البطن الثاني شيئاً قبل انقراض الأول، وقيل ترتيب أفراد فيستحق الولد نصيب أبيه بعد موته فهو من ترتيب الأفراد بين كل شخص وأبيه اختاره الشيخ تقي الدين وصاحب الفائق. قال الشيخ تقي الدين فعلى هذا الأظهر استحقاق الولد وإن لم يستحق أبوه شيئاً. وقال أيضاً فيمن وقف على ولديه نصفين ثم أولادهما وأولاد أولادهما وعقبهما بعدهما بطنا بعد بطن أنه ينتقل نصيب كل واحد إلى ولده ثم ولد ولده، وقال من ظن أن الوقف كالإرث فإن لم يكن أبوه أخذ شيئاً لم يأخذ هو فلم يقله أحد من الأئمة ولم يدر ما يقول ولهذا لو انتفت الشروط في الطبقة الأولى أو بعضهم لم تحرم الثانية مع وجود الشروط فيهم إجماعا ولا فرق. انتهى . انظر/ المبدع (١٦٨/٥)، الإنصاف (٤٣/٧-٤٤).

(١) قوله: «ويرجع إلى شرط الواقف إلخ» أى لأنه ثبت بوقفه فوجب أن يتبع فيه شرطه وكذلك إن شرط إخراج بعضهم بصفة ورده بصفة مثل أن يقول من تزوج منهم فله ومن فارق فلا شيء له أو عكس ذلك أو من حفظ القرآن فله ومن نسى فلا شيء له ومن اشتغل بالعلم فله ومن تركه فلا شيء له وكذلك إن وقف على أولاده على أن للأنثى سهما وللذكر سهمين أو عكس ذلك أو عين بالتفضيل واحدًا معينا أو ولده وما أشبه هذا فهو على ما قال لما ذكرنا وقد روى هشام بن عروة أن الزبير رضى الله عنه جعل دوره صدقة على بنيه لا تباع ولا توهب وأن للمردودة من بناته أن تسكن غير مضرة ولا مضر بها فإن استغنت بزوج فلا حق لها وكل هذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه خلافا. الشرح الكبير (٤٠٥/٣).

الناظر فيه والإنفاق عليه وسائر أحواله[1] فإن لم يشترط ناظرا فالنظر للموقوف

---

(١) قوله: «ويرجع إلى شرط الواقف إلخ» قال الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى كل متصرف بولاية إذا قيل يفعل ما يشاء فإنما هو إذا كان فعله لمصلحة شرعية حتى لو صرح الواقف بفعل ما يهواه أو ما يراه مطلقا فشرطه باطل على الصحيح المشهور أى لمخالفته الشرع. قال وعلى الناظر بيان المصلحة، أى التثبت والتحرى فيها. فيعمل بما ظهر، أى بما ظهر له أنه مصلحة. ومع الاشتباه إن كان أى الناظر عالما عادلا ساغ له اجتهاده. وقال لو شرط الصلوات الخمس على أهل مدرسة في القدس كان الأفضل لأهلها أن يصلوا في الأقصى ولا يقف استحقاقهم على الصلاة في المدرسة وكان يفتي به ابن عبد السلام وغيره انتهى. وقال إذا شرط في استحقاق ريع الوقف العزوبة فالمتأهل أحق من المتعزب إذا استويا في سائر الصفات. وقال إذا وقف على الفقراء فأقارب الواقف الفقراء أحق من الفقراء الأجانب مع التساوى في الحاجة وإذا قدر وجود فقير مضطر كان دفع ضرورته واجبا، وإذا لم تندفع ضرورته إلا بتنقيص كفاية أقارب الواقف من غير ضرورة تحصل لهم كان ذلك واجبا وتعين. وقال قول الفقهاء نصوص الواقف كنصوص الشارع يعني في الفهم والدلالة إلا في وجوب العمل مع أن التحقيق أن لفظه أى الواقف ولفظ الموصى والحالف والناذر وكل عاقد تحمل على عادته في خطابه ولغته التي يتكلم بها وافقت لغة العرب أو لغة الشارع أو لا. قال والشروط إنما يلزم الوفاء بها إذا لم تفض إلى الإخلال بالمقصود الشرعي، ولا تجوز المحافظة على بعضها مع فوات المقصود الشرعي بها. قال ومن شرط في قربات أن يقدم فيها الصنف المفضول فقد شرط خلاف شرط الله كشرطه في الإمامة تقديم غير الأعلم. قال ولا يجوز أن ينزل فاسق في جهة دينية كمدرسة وغيرها مطلقاً سواء شرطه الواقف أو لا لأنه يجب الإنكار وعقوبته فكيف ينزل. وقال أيضاً إن نزل مستحق تنزيلا شرعيا لم يجز صرفه عما نزل فيه بلا موجب شرعي لأنه نقض للاجتهاد بالاجتهاد. وقال في واقف وقف مدرسة وشرط أن لا يصرف ريعها لمن له وظيفة بجامكية ولا مرتب في جهة أخرى أي جامكية في مكان آخر إن لم يكن في الشرط مقصود شرعي خالص أو راجح كان باطلاً كما لو شرط عليهم نوعا من المطعم والملبس والمسكن الذي لم تستحبه الشريعة ولا يمنعهم الناظر من تناول كفايتهم من جهة أخرى هم مرتبون فيها وليس هذا إبطالا للشرط لكنه ترك للعمل به انتهى. وقال الحارثي الشرط المباح الذي لا يظهر قصد القربة منه هل يجب اعتباره؟ ظاهر كلام الأصحاب والمعروف عن المذهب الوجوب وهو مذهب الأئمة الثلاثة وغيرهم واستدل له وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى لو حكم حاكم بمحضر لوقف فيه شروط ثم ظهر كتاب الوقف غير ثابت أى فيه ما ينافي المحضر المذكور وجب ثبوته والعمل به إن أمكن إثباته. وقال أيضاً لو أقر الموقوف عليه أنه لا يستحق في هذا الوقف إلا مقدارا معلوما ثم ظهر شرط الواقف بأنه يستحق أكثر مما=

= قال حكم له بمقتضى شرط الواقف ولا يمنع من ذلك الإقرار المتقدم انتهى. أي لأنه معذور بعدم علمه إياه وقوله ثم ظهر شرط الواقف إلخ يفهم منه إنه لو كان عالما بشرط الواقف وأقر بأنه لا يستحق إلا كذا يؤاخذ بإقراره لأنه لا عذر له فإن انتقل استحقاقه بعده لولده مثلا فله الطلب بما في شرط الواقف من حين الانتقال إليه لأن إقراراه لا يسرى على ولده وذكر التاج السبكى في كتاب الأشباه والنظائر الصواب أنه لا يؤاخذ سواء علم شرط الواقف وكذب في إقراره أم لم يعلم فإن ثبوت هذا الحق لا ينتقل بكذبه انتهى. قال ابن نصر الله ومما يؤيده أن شرط صحة الإقرار كون المقر يملك نقل الملك في العين التي يقر بها ومستحق الوقف لا يملك ذلك في الوقف فلا يملك الإقرار به ولا يملك نقل الملك في ريعه إلا بعد حصوله في يده فلا يملك الإقرار به قبل قبضه أو جواز بيعه ولا يصح منه ولو صح منه الإقرار بالريع قبل ملك المستحق له لاتخذ ذلك وسيلة إلى إيجاره مدة مجهولة بأن يأخذ المستحق عوضا من شخص عن ريعه أو عن رقبته ويقر له به فيستحقه مدة حياة المقر أو مدة استحقاق المقر فلا يجوز اعتبار إقرار المستحق بالوقف ولا ريعه إلا بشرط ملكه للريع. ولم أزل بهذا قديما وحديثا من غير أن أكون قد وقفت على كلام تاج الدين ولا رأيت فيه كلاما لغيره ولكنى قلته تفقها ولا أظن لمن له نظر تام في الفقه يقول بخلاف ذلك. والله أعلم.

[فوائد] لو خصص المدرسة بأهل مذهب أو بلد أو قبيلة تخصصت وكذلك الرباط والخانقاه والمقبرة كذلك وهذا المذهب، وأما المسجد فإن عين لإمامته شخصا تعين وإن خصص الإمامة بمذهب تخصصت به ما لم يكن في شيء من أحكام الصلاة مخالفا لصريح السنة أو ظاهرها سواء كان لعدم الاطلاع أو لتأويل ضعيف وإن خصص المصلين فيه بمذهب فالصحيح عدم الاختصاص. الإنصاف(٧/٥٢-٥٣).

(الثانية) يتعين مصرف الوقف إلى الجهة المعينة له على الصحيح من المذهب ونقله الجماعة وقال الشيخ تقي الدين يجوز تغيير شرط الواقف إلى ما هو أصلح منه وإن اختلف ذلك باختلاف الزمان حتى لو وقف على الفقهاء والصوفية واحتاج الناس إلى الجهاد صرف إلى الجند. الإنصاف(٧/٥٥).

(الثالث) إذا شرط الواقف لناظره أجرة فكلفته عليه حتى يبقى أجرة مثله على الصحيح من المذهب نص عليه وقال المصنف ومن تبعه كلفته من غلة الوقف قيل للشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى: فله العادة بلا شرط؟ فقال: ليس له إلا ما يقابل عمله. الإنصاف(٧/ ٥٥).

(الرابعة) لو شرط الواقف ناظرا ومدرسا ومعيدا وإماما فهل يجوز لشخص أن يقوم بالوظائف كلها وتنحصر فيه صرح القاضي في خلافه الكبير بعدم الجواز وهو المذهب وقال الشيخ تقي الدين في الفتاوى المصرية وإن أمكن أن يجمع بين الوظائف لواحد فعل. الإنصاف(٧/٦٢).

عليه وقيل للحاكم[1] وينفق عليه من غلته[2]، وإن وقف على ولده ثم على المساكين فهو لولده الذكور والإناث بالتسوية[3] ولا يدخل فيه ولد البنات[4]. وهل يدخل فيه ولد البنين؟ على روايتين[5]. وإن وقف على عقبه أو ولد ولده أو ذريته دخل فيه ولد البنين ونقل عنه لا يدخل فيه ولد

«**من غلته**» غلته: ثمرته، وكسبه، ونحوهما.

«**على عقبه**» عقبه: بكسر القاف وسكونها، قال عياض: هو ولد الرجل الذي يأتي بعده.

«**أو ذريته**» قال أبو السعادات: الذرية: اسم لجميع نسل الإنسان من ذكر وأنثى، وأصلها الهمز، لكنهم لم يستعملوه إلا غير مهموز، ويجمع على ذريات، وذراري مشدداً، وقيل: أصلها من الذر، بمعنى التفريق، لأن الله تعالى ذرهم في

---

(١) قوله: «فإن لم يشترط ناظرا إلخ» هذا المذهب بشرطه هذا إذا كان الموقوف عليه معينا أو جمعا محصورا فأما إن كان الموقوف عليهم غير محصورين كالفقراء والمساكين أو على مسجد ونحوه فالنظر للحاكم قولاً واحداً. المبدع(١٧١/٥)، الإنصاف(٦٤/٧).

(٢) قوله: «وينفق عليه من غلته» مراده إذا لم يعين الواقف النفقة من غيره وكذلك عمارة الوقف قياسا على الغلة وتقدم عمارته على أرباب الوظائف وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى: الجمع بينهما حسب الإمكان أولى بل قد يجب. المبدع(١٧٢/٥)، الإنصاف (٦٥/٧).

(٣) قوله: «وإن وقف على أولاده إلخ» نص عليه ولا نعلم فيه خلافاً وكذا لو قال على ولد فلان لكن لو حدث للواقف ولد بعد وقفه ففي دخوله روايتان إحداهما يدخل اختاره ابن أبي موسى وافق به ابن الزاغوني وهو ظاهر كلام القاضي وابن عقيل. المبدع(١٧٣/٥)، الإنصاف(٦٨/٧-٦٩).

(٤) قوله: «ولا يدخل فيه ولد البنات» هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب قال المصنف الشارح لا يدخلون بغير خلاف لأنهم من رجل آخر، ووجه ذلك أن الله تعالى لما قال:﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ لِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِۚ ﴾ دخل فيه ولد البنين وإن سفلوا فالمطلق من كلام الآدمي إذا خلا عن قرينة ينبغي أن يحمل على المطلق من كلام الله تعالى ويفسر بما يفسر به. المبدع (١٧٣/٥)، الإنصاف(٦٩/٧).

(٥) قوله: «وهل يدخل فيه ولد البنين إلخ» ظاهر كلامه أنهم سواء كانوا موجودين حالة الوقف أو لا ولا شك أن الخلاف جار فيهم إحداهما يدخلون مطلقا وهو المذهب نص عليه لكن لا يستحقون إلا بعد آبائهم مرتبا على الصحيح من المذهب كقوله بطنا بعد بطن. المبدع (١٧٣/٥)، الإنصاف (٦٩/٧).

البنات[1] ونقل عنه في الوصية يدخلون فيه وذهب إليه بعض أصحابنا وهذا مثله. وقال أبو بكر وابن حامد رحمهما الله تعالى يدخلون في الوقف إلا أن يقول على ولد ولدى لصلبي فلا يدخلون، وإن وقف على بنيه أو بني فلان فهو للذكـــور خاصة[2] إلا أن يكونوا قبيلة فيدخل فيه

الأرض، وقيل: أصلها ذرورة بوزن فعولة، فلما كثر ذلك التصنيف أبدلت الراء الآخرة ياء، فصارت ذروية، ثم أدغمت الواو في الياء، فصارت ذرية فعلولة من ذرأ الله الخلق.

((**لصلبي**)) قال الجوهري: كل شيء من الظهر فيه فقار فهو صلب. والصلب بفتح الصاد واللام لغة فيه. قال أبو السعادات: الصلب: الظهر. وقال ابن عباد:

---

(١) قوله: ((ونقل عنه لا يدخل فيه ولد البنات)) إذا وقف على ولد ولده أو قال على أولاد أولادى وإن سفلوا فنص أحمد أن أولاد البنات لا يدخلون وهو المذهب وعليه جماهير الأصحاب قال في الفائق اختاره القاضي وابن عقيل والشيخان يعني بهما المصنف والشيخ تقي الدين وبه قال مالك ومحمد بن الحسن فأما إن قال لولد ولدي لصلبي لم يدخلوا وجهاً وحدا. الإنصاف(٧/٧٣-٧٤).

(تنبيه) محل الخلاف مع عدم القرينة، أما إن كان معه ما يقتضي الإخراج فلا دخول بلا خلاف، وكذا إن كان في اللفظ ما يقتضي الدخول فإنهم يدخلون بلا خلاف قاله الأصحاب. الإنصاف(٧/٧٦).

على قوله: ((وقال أبو بكر وابن حامد يدخلون في الوقف)) وهو مذهب الشافعي وأبي يوسف لأن البنات أولاده فأولادهن أولاد أولاده حقيقة فيجب أن يدخلوا في اللفظ لتناوله لهم بدليل قوله تعالى: ﴿ وَنُوحًا هَدَيْنَا مِن قَبْلُ وَمِن ذُرِّيَّتِهِۦ دَاوُۥدَ ﴾ إلى قوله ﴿ وَعِيسَىٰ ﴾ وهو ولد بنت فجعله من ذريته، ولما قال تعالى ﴿ وَحَلَٰٓئِلُ أَبْنَآئِكُمُ ﴾ دخل في التحريم حلائل أبناء البنات، وقال ﷺ للحسن ((إن ابني هذا سيد)) وهذا أصح وأقوى دليلا قاله الشارح وصححه الناظم واختاره أبو الخطاب في الهداية في الوصية وصاحب الفائق وجزم به في منتخب الآدمي. المبدع(٥/٤٠٦-٤٠٧)، الإنصاف(٧/٧٦).

(٢) قوله: ((وإن وقف على بنيه إلخ)) هذا بلا نزاع في المذهب إذا لم يكونوا قبيلة وهو قول الجمهور لأن لفظ البنين وضع حقيقة لقوله تعالى ﴿ أَصْطَفَى ٱلْبَنَاتِ عَلَى ٱلْبَنِينَ ﴾ و ﴿ زُيِّنَ لِلنَّاسِ حُبُّ ٱلشَّهَوَٰتِ مِنَ ٱلنِّسَآءِ وَٱلْبَنِينَ ﴾ و ﴿ ٱلْمَالُ وَٱلْبَنُونَ زِينَةُ ٱلْحَيَوٰةِ ٱلدُّنْيَا ﴾ ولا يدخل فيه الخنثى لأنه لا يعلم كونه ذكرا وعكسه لو وقف على بناته اختص بهن ولا شيء للذكور ولا للخناثى؛ لأنه لا يعلم كونه ابنا لا نعلم فيه خلافاً. المبدع(٥/١٧٧)، الإنصاف(٧/٧٨).
=

النساء[1] دون أولادهن من غيرهم وإن وقف على قرابته أو قرابة فلان فهو للذكر والأنثى من أولاده وأولاد أبيه وجد أبيه لأن النبي ﷺ لم يتجاوز بسهم ذوى القربى بني هاشم[2]. وعنه إن كان يصل قرابته من قبل أمه في حياته

الصلب، والصلب، والصلب، والصالب: عظم الظهر. وقال صاحب «المطالع» قوله : الولد للصلب، أي: الذي باشر ولادته.

«**إلا أن يكونوا قبيلة**» قال ابن عباد: القبيلة من قبائل العرب: الثلاثة فصاعداً، وقال الجوهري: بنو أب واحد، وقال الماوردي في «**الأحكام السلطانية**» في الباب الثامن عشر، رتبت أنساب العرب ست مراتب جمعت طبقات أنسابهم. وهي شعب، ثم قبيلة، ثم عمارة، ثم بطن، ثم فخذ، ثم فصيلة. فالشعب: النسب

= على قوله: «إلا أن يكونوا قبيلة» كبني هاشم وبني تميم. المبدع(١٧٧/٥).

(١) قوله: «إلا أن يكونوا قبيلة إلخ» لقوله تعالى ﴿ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِيٓ ءَادَمَ ﴾ ولأن اسم القبيلة يشمل ذكرها والأنثى. المبدع(١٧٧/٥).

(٢) قوله: «وإن وقف على قرابته إلخ» لقوله تعالى ﴿ مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنْ أَهْلِ ٱلْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ ﴾ فأعطى النبي ﷺ أولاده وأولاد عبد المطلب وأولاد هاشم ذكرهم وأنثاهم ولم يعط من هو أبعد كبنى عبد شمس وبني نوفل شيئاً لا يقال هما كبنى المطلب لأنه علل عليه الصلاة والسلام بأنهم لم يفارقوا في جاهلية ولا إسلام ولم يعط قرابة أمه وهم بنو زهرة شيئاً وجعل هاشما الأب الرابع ولا يتصور أن يكون رابعا إلا أن نعد النبي ﷺ أبا فعلى المذهب يستوي فيه الذكر والأنثى والكبير والصغير والقريب والبعيد والغني والفقير لشمول اللفظ لهم لكن بشرط أن يكون مسلما لأن الكافر لم يدخل في المستحق من قربى النبي ﷺ وعنه يختص بولده وقرابة أبيه وإن علا مطلقا اختاره الحارثي وقدمه في المحرر والنظم قال المصنف والشارح فعلى هذه الرواية يعطى من يعرف بقرابة أبيه وأمه الذين ينتسبون إلى الأب الأدنى انتهى. ومثاله لو وقف على أقارب المصنف وهو عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة بن مقدام بن نصر فالمستحقون هم المنتسبون إلى قدامة لأنه الأب الذي اشتهر انتساب المصنف إليه وعنه يختص بثلاثة آباء فقط فعليها لا يعطى الولد شيئاً وفي الكافي احتمال بدخول كل من عرف من قرابته من جهة أبيه وأمه من غير تقييد بأربعة آباء، ونحوه في المغني والشرح وكذلك القاضي في المجرد، قال الحارثي وهو الصحيح إن شاء الله تعالى . المبدع(١٧٧/٥-١٧٨).

[فوائد] الوصية كالوقف في هذه المسائل كما قال المصنف بعد ذلك. المبدع(١٨٤/٥).

(الثانية) لفظ النسل كلفظ العقب والذرية في إفادة ولد الولد قريبهم وبعيدهم وكذا دخول ولد البنات وعدمه عند أكثر الأصحاب. الإنصاف(٧٦/٧). =

صرف إليهم وإلا فلا، وأهل بيته بمنزلة قرابته[1]، وقال الخرقي يعطي من قبل

الأبعد، كعدنان، سمي شعباً، لأن العرب منه تشعبت، ثم القبيلة، وهي: ما انقسمت فيه أنساب الشعب، كربيعة، سميت قبيلة لتقابل الأنساب فيها، ثم العمارة، وهي: ما انقسمت فيه أنساب القبائل، كقريش وكنانة، ثم البطن، وهو: ما انقسمت فيه أنساب العمارة، كعبد مناف، ثم الفخذ، وهو: ما انقسمت فيها أنساب البطن كبني هاشم، ثم الفصيلة، وهي: ما انقسمت فيها أنساب الفخذ، كبني العباس. فالفخذ: يجمع الفصائل، والبطن: يجمع الأفخاذ، والعمارة: تجمع البطون. والقبيلة: تجمع العمائر، والشعب: يجمع القبائل، فإذا تباعدت الأنساب، صارت القبائل شعوباً، والعمائر قبائل. آخر كلامه. وقد نظمتها في هذا البيت ليسهل حفظها:

الشعب ثم قبيلة فعمارة فالبطن ثم الفخذ ثم فصيلته

((**على قرابته**)) قال الجوهري: القرابة: القربى في الرحم، وهو في الأصل مصدر، تقول: بيني وبينه قرابة، وقرب، وقربى، ومقربة، ومقربة، وقربة بضم القاف، وهو قربي، وذو قرابتي، والعامة تقول: هو قرابتي. آخر كلام الجوهري، فكلام المصنف رحمه الله تعالى هنا يحتمل حذف مضاف، تقديره: على ذوي قرابته، أو ذوي قرابة فلان، وليس هذا من كلام العامة، بل من كلام العرب، والله أعلم.

= (الثالثة) لو قال على بني بني أو بني بني فلان فكأولاد أولادي وأولاد أولاد فلان، وأما ولد البنات فقال الحارثي ظاهر كلام الأصحاب أنهم لا يدخلون مطلقا. الإنصاف(٧/٧٧).

(الرابعة) الحفيد يقع على ولد الابن والبنت. وكذا ولد الابن والبنت.

(١) قوله: ((وأهل بيته إلخ)) هذا المذهب نص عليه وعليه جماهير الأصحاب واحتج بقوله عليه الصلاة والسلام ((لا تحل الصدقة لي ولا لأهل بيتي)) فجعل سهم ذوى القربى عوضا لهم من الصدقة التي حرمت عليهم فكان ذوي القربى الذين سماهم الله تعالى هم أهل بيته الذين حرمت عليهم الصدقة وهم آل علي وآل عقيل وآل جعفر وآل عباس، وعنه أزواجه من أهل بيته ومن أهله ذكرها الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى وقال : وفي دخولهن في آله وأهل بيته روايتان أصحهما دخولهن. المبدع(٥/١٧٨، الإنصاف(٧/٨١).

أبيه وأمه[1]، وقومه ونسباؤه كقرابته[2]. والعترة هم العشيرة[3]، وذوو رحمه كل قرابة له من جهة الآباء والأمهات[4]. والأيامى والعزاب من لا زوج له من الرجال

«**ونسباؤه**» واحدهم نسيب، كقريب لفظاً ومعنى، عن الجوهري.

«**والعترة**» هم العشيرة. قال الجوهري: عترة الرجل: ذريته ورهطه الأدنون، من مضى منهم، ومن غبر. قال ابن الأعرابي: عترة الرجل: ولده، وذريته، وعقبه من صلبه. وأما العشيرة، فقال الجوهري: العشيرة: القبيلة، وقال عياض: عشيرة الإنسان: أهله الأدنون، وهم بنو أبيه.

«**والأيامى والعزاب** » الأيامي: واحدهم أيم. وحكى أبو عبيد: أيمة. وقال الجوهري: رجل أيم، وامرأة أيم، سواء تزوج الرجل أو لم يتزوج، وسواء أكانت المرأة بكراً أو ثيباً. قال الحريري: اتفق أهل اللغة على أن الأيم: يطلق على كل امرأة لا زوج لها. وقال ابن خالويه: وقال آخرون: لا يكون الأيم إلا بكراً، والأول أصح. وقال القاضي عياض: أكثر ما يكون في النساء، ولذلك لم يقل بالهاء كطالق. ويقول في الدعاء على الرجل: ماله عام وآم، أي: بقي بغير ابن ولا زوجة. وأما العزاب، فجمع، قياس واحدته: عازب. والمعروف في اللغة: رجل عزب، وامرأة عزب، وعزبة. قال الجوهري: العزاب: الذين لا أزواج لهم

---

(١) قوله: «وقال الخرقي إلخ» أى لأن أمه من أهل بيته فكذا أقاربها من أولادها وأبويها وأخويها وأخواتها. المبدع(٥/١٧٩).

(٢) قوله: «وقومه إلخ» هذا المذهب نص عليه لأن قوم الرجل قبيلته وهم نسباؤه وقيل هم ذوو رحمه، وقيل قومه كقرابته ونسباؤه كذوى رحمه اختاره جماعة من الأصحاب. المبدع (١٧٩/٥)، الإنصاف (٨٢/٧).

(٣) قوله: «والعترة إلخ» هذا المذهب قال المصنف والشارح العترة العشيرة الأدنون في عرف الناس وولده الذكور والإناث وإن سفلوا وصححاه وبذلك فسره ابن قتيبة لقول أبي بكر رضى الله عنه وأرضاه في محفل من الصحابة رضى الله عنهم: نحن عترة رسول الله ﷺ. وقيل العترة الذرية قدمه في النظم واختاره المجد، وقيل ذوو قرابته. المبدع (١٨٠/٥).

(٤) قوله: «وذوو رحمه إلخ» هذا المذهب وكذا الأولاد لأن الرحم يشملهم وهى في القرابة من جهة الأم أكثر استعمالا فإذا لم يجعل ذلك مرجحا فلا يجعل مانعا. المبدع (١٨٠/٥)، الإنصاف (٨٤/٧).

والنساء، ويحتمل أن يختص الأيامى بالنساء والعزاب بالرجال. فأما الأرامل فهن النساء اللاتي فارقهن أزواجهن، وقيل هو للرجال والنساء، وإن وقف على أهل قريته أو قرابته لم يدخل فيهم من يخالف دينه[1]، وفيه وجه آخر أن المسلم يدخل وإن كان الواقف كافرا. وإن وقف على مواليه وله موال من فوق ومن أسفل تناول جميعهم[2]، وقال ابن حامد يختص الموالي من فوق، وإذا وقف على

من الرجال والنساء. والاسم: العزبة، والعزوبة. قال غير واحد من أهل اللغة: ولا يقال: أعزب، وهي لغة حكاها الإمام أبو منصور الأزهري في كتاب «تهذيب اللغة» عن أبي حاتم.

وقد ثبت في «صحيح البخاري» عن ابن عمر رضي الله عنهما: وكنت شاباً عزبا. وفي بعض ألفاظه: أعزب.

«**وأما الأرامل**» الأرامل: جمع أرمل، وأرملة. قال أبو عبيد: الأرمل: الرجل الذي لا امرأة له، والأرملة: التي لا زوج لها.

---

(١) قوله: «وإن وقف على أهل قريته إلخ» وكذا لو وصى لهم وهذا المذهب وكذا لو وقف على إخوته ونحوهم لم يدخل فيهم من يخالف دينه.
وقال الشافعي يدخل فيه الكفار ولنا قوله تعالى:﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡ ﴾ فلم يدخل فيه الكفار إذا كان الميت مسلما ولأن الظاهر من حال الواقف أنه لم يرد من يخالف دينه لما بينهما من المعاداة فيكون ذلك قرينة.
فعلى هذا لو كان الواقف مسلما لم يدخل الكافر وكذا عكسه فإن صرح بهم دخلوا وكذا إن وجدت قرينة دالة على إرادتهم فلو كان أهل القرية أو الأقارب كلهم كفارا دخلوا لأن إخراجهم يؤدي إلى رفع اللفظ بالكلية فإن كان فيهم مسلم واحد والباقي كفار دخلوا أيضا لأن إخراجهم بالتخصيص بعيد وإن كان الأكثر كفارا فهو للمسلمين حتى يصرح بدخولهم نص عليه وقيل يدخل الكفار. المبدع(١٨١/٥)، الإنصاف(٨٦/٧).

(تنبيه) شمل قوله لم يدخل فيهم من يخالف دينه لو كان فيهم كافر على غير دين الواقف فلا يدخل ولا يستحق شيئا ولو قلنا بدخول المسلم إذا كان الواقف كافرا ويحتمل أن يدخل بناء على توريث الكفار بعضهم من بعض مع اختلاف دينهم. الإنصاف(٧/ ٨٧).

(٢) قوله: «وإن وقف على مواليه إلخ» هذا الصحيح من المذهب ويستوون فيه لأن الاسم يشملهم. المبدع (١٨٣/٥، الإنصاف (٨٧/٧).

جماعة يمكن حصرهم واستيعابهم وجب تعميمهم والتسوية بينهم[1] وإلا جاز تفضيل بعضهم على بعض والاقتصار على واحد منهم ويحتمل أن لا يجزئه أقل من ثلاثة، فإن كانوا من أهل الزكاة لم يدفع إلى واحد منهم أكثر من القدر الذي يدفع إليه من الزكاة إذا كان الوقف على صنف من أصناف الزكاة، والوصية كالوقف في هذا الفصل[2].

وقال ابن السكيت: الأرامل: المساكين من رجال، ونساء، قال : ويقال لهم ذلك وإن لم يكن فيهم نساء، قال أبو السعادات: الأرمل: الذي ماتت زوجته، والأرملة: التي مات زوجها، سواء كانا غنيين، أو فقيرين.

((**وله موال من فوق ومن أسفل**)) موال: واحدهم مولى ، ذكر له صاحب

---

(١) قوله: ((وإذا وقف على جماعة إلخ)) هذا المذهب وعليه الأصحاب وقطعوا به لأن اللفظ يقتضي ذلك وقد أمكن الوفاء به فوجب العمل بمقتضاه أشبه ما لو أقر لهم وقوله: تعالى﴿ فَهُمْ شُرَكَآءُ فِي ٱلثُّلُثِ﴾ يوضحه وقال في الفائق ويحتمل جواز المفاضلة فيما يقصد فيه تمييز كالوقف على الفقهاء قال في الإنصاف وهذا أقرب إلى الصواب قال الحارثي والأولى جواز التفضيل للحاجة فيما قصد به سد الخلة كالوقف على فقراء أهله وعنه فيمن أوصى في فقراء مكة ينظر أحوجهم ومحل هذا إذا لم يكن قرينة فإن كان قرينة جاز التفاضل. المبدع(٥/١٨٣)، الإنصاف(٧/٩٠).

[فائدة] لو كان الوقف في ابتدائه على من يمكن استيعابه فصار مما لا يمكن استيعابه كوقف علي رضي الله عنه على ولده ونسله فإنه يجب تعميم من أمكن منهم والتسوية بينهم. الإنصاف(٧/٩١).

على قوله: ((والاقتصار على واحد منهم)) يعني إذا لم يمكن حصرهم واستيعابهم كما لو وقف على أصناف الزكاة أو الفقراء أو المساكين وهذا الصحيح من المذهب. الإنصاف(٧/٩١).

على قوله ((إذا كان الوقف على صنفين من أصناف الزكاة)) وهذا المذهب.الإنصاف (٧/٩٢).

(٢) قوله: ((والوصية إلخ)) أى لأن مبناها على لفظ الموصى، لكن الوصية أعم من الوقف على ما يأتي.

واختار الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى فيما إذا وقف على أقرب قرابته استواء الأخ من الأب والأخ من الأبوين ذكره في القاعدة العشرين بعد المائة.

وذكر في القاعدة الثالثة والخمسين بعد المائة أن الشيخ تقي الدين اختار فيما إذا وقف على ولده دخول ولد الولد في الوقف دون الوصية وفرق بينهما. المبدع(٥/١٨٤)، الإنصاف(٧/٩٣).

فصل

والوقف عقد لازم لا يجوز فسخه بإقالة ولا غيرها[1]، ولا يجوز بيعه إلا أن تتعطل منافعه فيباع ويصرف ثمنه في ....

«الوجوه والنظائر» عشرة معان: المحب المتابع، والسيد، والمعتق، والمعتق، وابن العم، والحليف، والشريك، والجار، والنديم، والولي. وزاد غيره إطلاقه على الناصر، وعلى العبد، وعلى الرب، وعلى المالك، وغير ذلك. والمراد بالذي في «**المقنع**»: المعتق، والمعتق.

قال أبو السعادات: وتختلف مصادر هذه الأسماء، فالولاية بالفتح في النسب، والنصرة، والمعتق.

والولاية بالكسر في الأمر، والولاء في المعتق.

والموالاة: من والى القوم. وفوق وأسفل مبنيان على الضم، ويجوز تنوينهما مجرورين، مقصوداً بهما التنكير.

«**واستيعابهم**» أي: يعمهم بالعطاء، وهو: استفعال من وعب الشيء، ويقال: أوعبه: إذا أخذه كله.

«**فيباع**» هو: مرفوع لا يجوز نصبه.

---

(١) قوله: «والوقف إلخ» هذا المذهب وعليه الأصحاب أى يلزم بمجرد القول لأنه تبرع يمنع البيع والهبة فلزم بمجرده كالعتق.
وقال الشيخ تقي الدين: إذا وقف في صحته ثم ظهر عليه دين فهل يباع لوفاء الدين؟
فيه خلاف في مذهب أحمد وغيره ومنعه قوى قال جامع اختياراته وظاهر كلام أبي العباس ولو كان الدين حادثا بعد الوقف انتهى.
قال الشيخ تقي الدين: وليس هذا بأبلغ من التدبير وقد ثبت أنه عليه الصلاة والسلام باعه في الدين وعنه لا يلزم إلا بالقبض وإخراج الوقف عن يده اختاره أبو بكر وابن أبي موسى والحارثي.
وقال أبو حنيفة لا يلزم الوقف بمجرده وللواقف الرجوع فيه إلا أن يوصى به بعد موته أو يحكم بلزومه حاكم وحكاه بعضهم عن علي وابن مسعود وابن عباس رضى الله عنهم. المبدع(١٨٤/٥-١٨٥)، الإنصاف (٩٣/٧-٩٤)، الشرح الكبير(٤١٩/٣).

مثله(١) وكذلك الفرس الحبيس إذا لم يصلح للغزو بيع واشترى بثمنه ما يصلح للجهاد وكذلك المسجد إذا لم ينتفع به في موضعه، وعنه لا تباع المساجد لكن تنقل آلتها إلى مسجد آخر ويجوز بيع بعض آلته وصرفها في عمارته، وما فضل

((**الحبيس**)) هو فعيل بمعنى: مفعول، يقال: حبس الفرس، وأحبسها، وحبسها مثقلاً، واحتبسها فهو محتبس، وحبيس، وحبس بضم الحاء.

((**بعض آلته**)) قال ابن سيده في ((محكمه)) الآلة: الشدة، والآلة: ما عملت به من

---

(١) قوله: ((ولا يجوز بيعه إلخ)) وكذا المناقلة به إلا أن تتعطل منافعه بالكلية كدار انهدمت أو أرض خربت وعادت مواتا ولم يمكن عمارتها نقل على بن سعيد لا يستبدل به ولا يبيعه إلا أن يكون بحال لا ينتفع به ونقل أبو طالب لا يغير عن حاله إلا أن لا ينتفع منه بشيء ونقل مهنا أو ذهب أكثر نفعه وقال مالك والشافعي لا يجوز بيع شيء من ذلك لقول رسول الله ﷺ ((لا يباع أصلها ولا يبتاع ولا يوهب ولا يورث)) ولنا ما روى أن عمر رضى الله عنه كتب إلى سعد لما بلغه أن بيت المال الذي بالكوفة نقب أن ((انقل المسجد الذي بالتمارين واجعل بيت المال في قبلة المسجد فإنه لن يزال في المسجد مصلى)) وكان هذا بمشهد من الصحابة ولم يظهر خلافه فكان كالإجماع. وقولهم يباع أي يجوز بيعه ونقله وظاهر رواية الميموني يجب لأن الولى يلزمه فعل المصلحة وقال الشيخ تقي الدين مع الحاجة يجب بالمثل وبلا حاجة يجوز بخير منه وقال هو قياس الهدى وذكره وجها في المناقلة وأومأ إليه أحمد رحمه الله تعالى ونقل صالح نقل المسجد لمصلحة الناس وهو من المفردات واختاره صاحب الفائق وحكم به وعارضه جمال الدين المرداوى صاحب الانتصار وقال حكمه باطل على قواعد المذهب وصنف في ذلك مصنفا رد فيه عليه سماه ((الواضح الجلى في نقض حكم ابن قاضي الجبل الحنبلى)) ووافقه صاحب الفروع على ذلك وصنف صاحب الفائق مصنفا في جواز المناقلة للمصلحة سماه ((المناقلة بالأوقاف)) وما في ذلك من النزاع والخلاف)) وأجاد فيه ووافقه جماعة في عصره وكلهم تبع للشيخ تقي الدين رحمه الله في ذلك. المبدع (٥/١٨٥-١٨٦)، الشرح الكبير (٣/٤٢٠)، الإنصاف (٩٧).

على قوله: ((إلا أن تتعطل منافعه)) ولو بضيق المسجد عن أهله نص عليه وهو المذهب وقيل أو خوف تعطل منافعه قريبا قال في الإنصاف وهو قوى جدا.

على قوله: ((فيباع ويصرف ثمنه في مثله)) كذا في المحرر والوجيز والفروع وقدمه الحارثي وقال هو المذهب وظاهر الخرقي أنه لا يتعين واقتصر عليه في المغني والشرح والزركشي وجماعة إذ القصد النفع لكن يتعين صرف المنفعة في المصلحة التي كانت الأولى تصرف إليها. المبدع (٥/١٨٧).

على قوله: ((لكن تنقل آلتها إلى مسجد آخر)) اختاره أبو محمد الجوزى لأنه أقرب إلى غرض الواقف. المبدع (٥/١٨٨).

من حصره وزيته جاز صرفه إلى مسجد آخر[1] والصدقة به على فقراء المسلمين، ولا يجوز غرس شجرة في المسجد، فإن كانت مغروسة فيه جاز الأكل منها قال أبو الخطاب رحمه الله إذا لم يكن بالمسجد حاجة إلى ثمنها، فإن احتاج صرف ذلك في عمارته.

باب الهبة والعطية

وهي تمليك في حياته بغير عوض[2]، فإن شرط فيها عوضا معلوما صارت

الأداة، يكون واحداً، وجمعاً، وقيل: هو جمع لا واحد له من لفظه، ذكره فيما عينه واو، والمراد هنا بالآلة: ما كان من خشب، أو حجارة، أو أجر، ونحو ذلك، مما يستغنى عنه، ولعلها سميت بذلك، لكونها أدوات يبنى بها.

كتاب الهبة والعطية

قال أهل اللغة: يقال: وهبت له شيئاً وهباً، ووهباً بإسكان الهاء وفتحها، وهبة. والاسم: الموهب، والموهبة بكسر الهاء فيهما، والاتهاب: قبول الهبة، والاستيهاب: سؤال الهبة، وتواهب القوم: وهب بعضهم بعضاً، ووهبته كذا، لغة قليلة، قال الإمام أبو زكرياء يحيى النووي فيما أجاز لنا روايته عنه: الهبة، والهدية[3]، وصدقة التطوع: أنواع من البر متقاربة، يجمعها تمليك عين بلا عوض، فإن تمحض فيها طلب التقرب إلى الله تعالى بإعطاء محتاج، فهي صدقة، وإن حملت إلى مكان المهدى إليه، إعظاماً له، وإكراماً وتودداً، فهي هدية، وإلا فهبة. وأما العطية، فقال الجوهري: الشيء المعطى، والجمع: عطايا، والعطية هنا: الهبة في مرض الموت، فذكر الهبة في الصحة والمرض، وأحكامها.

---

(١) قوله: «وما فضل من حصره إلخ» وعبارة الوجيز وما فضل عن حاجته وهي أولى جاز صرفه إلى مسجد آخر قال أحمد رحمه الله تعالى لأنه انتفاع في جنس ما وقف له والصدقة به على فقراء المسلمين ونص عليه وهذا المذهب وعنه يجوز صرفه في مثله دون الصدقة به واختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى وقال يجوز أيضاً صرفه في سائر المصالح. المبدع (١٨٨/٥).

(٢) قوله: «وهي تمليك إلخ» هذا المذهب مطلقاً وعليه الأصحاب وقيل الهبة تقتضي عوضا، وقيل مع عرف فلو أعطاه ليعاوضه أو ليقضي به حاجة فلم يف فكالشرط اختاره الشيخ تقي الدين فخرج بالأول ما ليس بتمليك كالعارية فإنها إباحة وبالثاني الوصية وبالثالث عقود المعاوضات كالبيع والإجارة والمراد به ماله المعلوم الموجود ويعتبر أن يكون من جائز التصرف. المبدع (١٩٠/٥)، الإنصاف (١٠٧/٧).

(٣) انظر/ القاموس المحيط (١٤٣/١)، لسان العرب (٤٩٢٩/٦) (وهب).

بيعا[1]، وعنه يغلب فيها حكم الهبة[2]. وإن شرط ثوابا مجهولاً لم يصح[3] وعنه أنه قال يرضيه بشيء[4] فعلى هذا إن لم يرض فله الرجوع فيها أو في عوضها إن كانت تالفة. وتحصل الهبة بما يتعارفه الناس هبة من الإيجاب والقبول والمعاطاة المقترنة بما يدل عليها[5] ....

((**وإن شرط ثواباً**)) الثواب: العوض. وأصله: من ثاب: إذا رجع، فكأن المثيب يرجع إلى المآب، مثل ما دفع.

---

(١) قوله: ((فإن شرط فيها عوضاً إلخ)) أي صح الشرط على المذهب وصار حكمها حكم البيع في ثبوت الخيار والشفعة وغيرهما وهذا المذهب لأنه تمليك بعوض معلوم. المبدع (١٩٠/٥).

(٢) قوله: ((وعنه يغلب إلخ)) أي لأنه وجد لفظها الصريح فكان المغلب فيها الهبة قال الحارثي هذا المذهب وهو الصحيح وهو متين جداً والأول ضعيف جداً انتهى قال القاضي: ليست بيعاً وإنما الهبة تارة تكون تبرعاً وتارة تكون بعوض فعليه لا يثبت فيها أحكام البيع المختصة به. المبدع (١٩٠/٥).

(٣) قوله: ((وإن شرط ثواباً إلخ)) أي لم تصح الهبة وهو المذهب لأنه عوض غير معلوم في معاوضة فلم يصح كالبيع وحينئذ حكمها حكم البيع الفاسد فيردها الموهوب له بزيادها مطلقا لأنه نما ملك الواهب وإن كانت تالفة رد قيمتها. المبدع (١٩١/٥).

(٤) قوله: ((وعنه أنه قال إلخ)) فعلى هذا يصح وإليه ميل أبي الخطاب وصحح هذه الرواية في الرعاية الصغرى قال في الكبرى وهو الأولى وذكرها الشيخ تقي الدين ظاهر المذهب أي لأنها تصح بغير عوض فلأن تصح بعوض مجهول من باب أولى قال أحمد رحمه الله تعالى في رواية محمد بن الحكم: هذا لك على أن تثيبني فله أن يرجع إذا لم يثبه. المبدع (١٩١/٥)، الإنصاف (١٠٨/٧-١٠٩).

(فائدة) لو ادعى شرط العوض فأنكر المتهب أو قال وهبتني هذا قال بل بعتكه ففي أيهما يقبل قوله وجهان أحدهما يقبل قول المتهب جزم به في الكافي في المسألة الأولى وقدمه الحارثي وصححه والوجه الثاني القول قول الواهب . المبدع (١٩١/٥-١٩٢)، الكافي (٢٦٢/٢).

على قوله: ((فله الرجوع فيها)) فيردها بزيادة ونقص نص عليه.

على قوله: ((أو في عوضها إن كانت تالفة)) أي فله قيمتها يوم التلف.

(٥) قوله: ((وتحصل الهبة إلخ)) هذا المذهب لأنه عليه الصلاة والسلام كان يهدي ويهدى إليه ويعطي ويعطى ويفرق الصدقات ويأمر سعاته بأخذها ويفرقها وكان أصحابه يفعلون ذلك ولم ينقل عنهم إيجاب ولا قبول ولو كان شرطاً لنقل عنهم نقلاً متواتراً أو مستمداً وكالبيع. المبدع (١٩٢/٥)، الإنصاف (١٠٩/٧).

(فائدة) يصح أن يهبه شيئاً ويستثني نفعه مدة معلومة. الإنصاف (١١١/٧).

وتلزم بالقبض[1]، وعنه تلزم في غير المكيل والموزون بمجرد الهبة[2]. ولا يصح القبض إلا بإذن الواهب[3] إلا ما كان في يد المتهب فيكفي مضي زمن يتأتى فيه قبضه[4]، وعنه لا يصح حتى يأذن في القبض. وإن مات الواهب قام وارثه مقامه في الإذن والرجوع[5]، وإن أبرأ الغريم غريمه من دينه أو وهبه له أو أحله منه برئت

---

(١) قوله: «وتلزم بالقبض» وهذا إحدى الروايتين وهي المذهب مطلقاً لما روى مالك عن عائشة رضى الله عنها أن أبا بكر رضى الله عنه وأرضاه نحلها جذاذ عشرين وسقا من ماله بالعالية فلما مرض قال يا بنية كنت نحلتك جذاذ عشرين وسقا ولو كنت حزته أو قبضته كان لك فإنما هو اليوم مال وارث فاقتسموه على كتاب الله. وروى ابن عيينة عن عمر رضى الله عنه نحوه ولم يعرف لهما في الصحابة مخالف. انظر/ المبدع (١٩٢/٥)، الإنصاف (١١١/٧).

على قوله: «وتلزم بالقبض» وقال مالك وأبو ثور تلزم بمجرد العقد مطلقاً. انظر الشرح الكبير (٤٢٥/٣).

(٢) قوله: «وعنه تلزم إلخ» أى إذا كان متميزاً فإنه يلزم بمجرد العقد اختاره الأكثر لعموم قوله عليه الصلاة والسلام «العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه» ولأنه إزالة ملك بغير عوض فلزم بمجرد العقد كالوقف والعتق. وعنه لا يلزم إلا بإذن الواهب في القبض. المبدع (١٩٢/٥)، الإنصاف (١١١/٧).

على قوله: «في غير المكيل والموزون» وكذا المعدود والمذروع. المبدع (١٩٢/٥).

(٣) قوله: «ولا يصح القبض إلخ» يعني إذا قلنا إن الهبة لا تلزم إلا بالقبض وهذا المذهب بشرطه الآتي لأنه قبض غير مستحق عليه. المبدع (١٩٣/٥).

(٤) قوله: «إلا ما كان إلخ» هذا إحدى الروايات واختارها القاضى وأبو الخطاب وغيرهما وعنه ما كان في يد المتهب يلزم بالعقد وهو المذهب قال الشارح هذا الصحيح إن شاء الله تعالى لأن قبضه مستدام فأغنى عن الابتداء وصفة القبض هنا كقبض البيع. انظر/ المبدع (١٩٣/٥).

على قوله: «يتأتى قبضه فيه» وإن كان الموهوب له طفلا أو مجنونا لم يصح قبضه ولا قبوله لأنه من غير أهل التصرف ويقبض له أبوه إن كان أميناً وإن لم يكن فوليه وهذا مذهب الشافعي فإن وهب الأب لولده الصغير شيئاً قام مقامه في القبض والقبول وذكره ابن المنذر إجماع من يحفظ عنه لأن الهبة تامة وممن قال به مالك والشافعي وأصحاب الرأي. انظر/ الشرح الكبير (٤٢٨/٣، ٤٢٩).

(٥) قوله: «وإن مات الواهب إلخ» هذا المذهب لأنه عقد مآله إلى اللزوم فلم ينفسخ بالموت كالمبيع في مدة الخيار وقال القاضي تبطل وجزم به في المغني والشرح والنظم والفائق سواء كان قبل الإذن في القبض أو بعده لأنه عقد جائز فبطل بموت أحد المتعاقدين. المبدع (١٩٤/٥)، الإنصاف (١١٥/٧). =

ذمته وإن رد ذلك و لم يقبله. وتصح هبة المشاع وكل ما يجوز بيعه، ولا تصح هبة

= (فوائد) لو وهب لغائب هبة وأنفذها مع رسول الموهوب له أو وكيله ثم مات الواهب أو الموهوب له قبل وصولها لزم حكمها وكانت للموهوب له لأن قبض الرسول والوكيل كقبضه ولو أخذها الواهب مع رسول نفسه ثم مات قبل وصولها إلى الموهوب له أو مات الموهوب له بطلت وكانت للواهب ولورثته لعدم القبض وكذلك الحكم في الهدية نص عليه. الإنصاف (١١٥/٧).

(الثانية) من صور البراءة من المجهول لو أبرأه من أحدهما أو أبرأه أحدهما قاله الحلواني والحارثي وقالا يصح ويؤخذ بالبيان كطلاقه وعتقه أحدهما قال في الفروع يعني ثم يقرع على المذهب. الإنصاف (١١٩/٧).

(الثالثة) لو أبرأه من مائة وهو يعتقد أن لا شيء عليه فكان له عليه مائة ففي صحة البراءة وجهان صحح الناظم أن البراءة لا تصح قال الحارثي وهذا أظهر. الإنصاف (٧/ ١١٩).

(الرابعة) لا تصح هبة الدين لغير من هو في ذمته على المذهب ويحتمل الصحة كالأعيان ذكره المصنف ومن بعده قال في الفائق والمختار الصحة قال الحارثي وهو أصح وهو المنصوص في رواية حرب وتقدم في السلم. الإنصاف (١٢٠/٧).

(الخامسة) لا تصح البراءة بشرط نص عليه فيمن قال إن مت فأنت في حل فإن ضم التاء فقال إن مت فأنت في حل فهو وصية. انظر الإنصاف (١٢٠/٧).

(السادسة) لا يصح الإبراء من الدين قبل وجوبه ذكره الأصحاب وجزم جماعة بأنه تمليك ومنع بعضهم أنه إسقاط وأنه لا يصح بلفظ الإسقاط وإن سلمناه فكأنه ملكه إياه ثم سقط ومنع أيضاً أنه لا يعتبر قبوله، وإن سلمناه فلأنه ليس مالا بالنسبة إلى من هو عليه وقال العفو عن دم العمد تمليك أيضاً وفي صحيح مسلم أن أبا اليسر الصحابي قال لغريمه إن وجدت قضاء فاقض وإلا فأنت في حل، به الوليد بن عبادة بن الصامت وابنه وهما تابعيان فلم ينكراه قال في الفروع وهذا متجه واختاره شيخنا. انظر/ الإنصاف (١٢١/٧).

على قوله: «وإن أبرأ الغريم غريمه من دينه» ولو قبل حلوله خلافاً للحلواني وغيره. انظر/ المبدع (١٩٤/٥).

على قوله: «أو وهب له أو أحله منه» أو أسقطه عنه أو تركه له أو ملكه أو تصدق به عليه أو عفا عنه. انظر/ الإنصاف (١٩٤/٧).

على قوله: «وإن ورد ذلك و لم يقبله» أي وكان المبرئ والمبرأ يعلمان الدين وهذا المذهب لأنه إسقاط حقٍّ فلم يفتقر إلى القبول كالعتق والطلاق والشفعة.

على قوله: «وتصح هبة المشاع» هذا المذهب المقطوع به عند الأصحاب وبه قال مالك والشافعي وقال أصحاب الرأي لا يصح.

المجهول[1] ولا ما لا يقدر على تسليمه. ولا يجوز تعليقها على شرط[2]، ولا شرط ما ينافي مقتضاها[3] نحو أن لا يبيعها ولا يهبها، ولا توقيتها[4] كقوله: وهبتك هذا سنة إلا في العمرى وهو أن يقول أعمرتك هذه الدار أو أرقبتكها

«**وهبتك**» حقه أن يقول: وهبت لك، لكنه على اللغة المتقدم ذكره.

«**إلا في العمرى**» العمرى، بضم العين: نوع من الهبة، مأخوذة من العمر، قال أبو السعادات: يقال: أعمرته الدار عمري، أي: جعلتها له يسكنها مدة عمره، فإذا مات، عادت إلي، كذا كانوا يفعلونه في الجاهلية، فأبطل ذلك الشارع ﷺ وأعلمهم أن من أعمر شيئا، أو أرقبه في حياته، فهو لورثته من بعده.

«**أو أرقبتكها**» قال ابن القطاع: أرقبتك: أعطيتك الرقبى، وهي هبة ترجع إلى المرقب إن مات المرقب، وقد نهى عنه، والفاعل منها: معمر، ومرقب، بكسر الميم الثانية والقاف، والمفعول: بفتحهما.

---

(١) قوله: «ولا تصح هبة المجهول» كالحمل في البطن واللبن في الضرع نص عليه لأنه تمليك فلم يصح كالبيع. وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى : تصح هبة المجهول كقوله ما أخذت من مالى فهو لك أو من وجد شيئا من مالى فهو له واختاره الحارثي. المبدع (١٩٥/٥)، الإنصاف (١٢٣/٧).

(فائدة) لو قال خذ من هذا الكيس ما شئت كان له أخذ ما فيه جميعا ولو قال خذ من هذه الدراهم ما شئت لم يملك أخذها كلها لأن الكيس ظرف فإذا أخذ المظروف حسن أن يقول أخذت من الكيس ما فيه ولا يحسن أن يقول أخذت من الدراهم كلها. انظر/ الإنصاف (١٢٤/٧).

على قوله: «ولا على ما لا يقدر على تسليمه» هذا المذهب واختار الشيخ تقي الدين صحة هبة المعدوم كالتمر واللبن بالسنة. قال واشتراط القدرة على التسليم هنا فيه نظر بخلاف البيع وهو قول أبي ثور لأنه تمليك بلا عوض. المبدع (١٩٥/٥) الإنصاف (١٢٤/٧).

(٢) قوله: «ولا يجوز تعليقها على شرط» هذا المذهب إلا ما استثناه لأنه تمليك لمعين في الحياة وذكر الحارثي جوازه واختاره الشيخ تقي الدين قاله في الفائق. المبدع (١٩/٥)، الإنصاف (١٢٤/٧).

(٣) قوله: «ولا شرط إلخ» هذا الشرط باطل بلا نزاع وكذا لو شرط أن يبيعها أو يهبها أو يهب فلانا شيئا، لكن هل تصح الهبة أم لا؟ فيه وجهان بناء على الشروط الفاسدة في البيع على ما تقدم. المبدع (١٩٦/٥)، الإنصاف (١٢٤/٧).

(٤) قوله: «ولا توقيتها إلخ» هذا المذهب لأنه تعليق لانتهاء الهبة إلا ما استثناه المصنف وذكر الحارثي الجواز واختاره الشيخ تقي الدين. انظر المبدع (١٩٦/٥)، الإنصاف (١٢٥/٧).

أو جعلتها لك عمرك أو حياتك[1] فإنه يصح وتكون للمعمر ولورثته من بعده.

---

(١) قوله: «إلا في العمرى إلخ» هى صحيحة بهذه الألفاظ وهذا المذهب لأنهما نوعان من الهبة قال ابن القطاع أرقبتك أعطيتك وسميت عمرى لتقييدها بالعمر وسميت رقبى لأن كل واحد منهما يرقب موت صاحبه وقال أبو السعادات يقال أعمرته الدار أى جعلتها له يسكنها مدة عمره فإذا مات عادت إلى كذا كانوا يفعلونه في الجاهلية فأبطل ذلك الشرع وأعلمهم أن من أعمر شيئاً أو أرقبه في حياته فهو له ولورثته من بعده. وهى صحيحة في قول أكثر العلماء لما روى جابر -رضى الله عنه- أن النبي ﷺ قال: «العمرى جائزة لأهلها والرقبى جائزة لأهلها» رواه أبو داود والترمذي وحسنه وروى جابر -رضى الله عنه- قال: قال رسول الله ﷺ «أمسكوا عليكم أموالكم ولا تفسدوها فإنه من أعمر عمرى فهى للذى أعمرها حيا وميتا ولعقبه» رواه مسلم وفي لفظ قضى رسول الله ﷺ بالعمرى لمن وهبت له متفق عليه. المبدع (١٩٦/٥-١٩٧) الإنصاف (١٢٥/٧).

(فائدة) لا يصح إعماره المنفعة ولا إرقابها فلو قال سكنى هذه الدار لك عمرك أو غلة هذا البستان أو خدمة هذا العبد لك عمرك أو منحتكه عمرك فذلك عارية له الرجوع متى شاء في حياته وبعد موته نقله الجماعة عن أحمد انظر الإنصاف (١٢٦/٧).

وتبطل بموت من مات منهما وبه قال أكثر أهل العلم منهم الشعبي والنخعي والثورى والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي وقال الحسن وعطاء وقتادة هى كالعمرى يثبت فيها حكمها ولنا أن هذا إباحة المنافع فلم يقع لازما كالعارية وفارق العمرى فإنها هبة الرقبة.

على قوله: «وتكون للمعمر» بفتح الميم ملكاً في قول جماعة من الصحابة ومن بعدهم لما روى جابر رضى الله عنه قال: قضى النبي ﷺ بالعمرى لمن وهبت له متفق عليه. المبدع (١٩٧/٥).

على قوله: «إلى المعمر» بكسر الميم.

على قوله: «صح» وبه قال القاسم بن محمد ويزيد بن قسيط والزهري وأبو سلمة عبد الرحمن وابن أبي ذئب ومالك وأبو ثور وداود وهو أحد قولى الشافعي لما روى جابر قال إنما العمرى التي أجاز رسول الله ﷺ أن يقول هي لك ولعقبك فأما إذا قال هى لك ما عشت فإنها ترجع إلى صاحبها متفق عليه والرقبى كالعمرى وقال الحسن ومالك وأبو حنيفة الرقبى باطلة. انظر/ الشرح الكبير (٤٣٣/٣).

على قوله: «صح الشرط» على الأصح لقوله عليه الصلاة والسلام «المسلمون على شروطهم» واختاره الشيخ تقي الدين وغيره من الأصحاب، وعنه لا يصح الشرط وهى المذهب لما روى أحمد مرفوعا قال «لا عمرى ولا رقبى فمن أعمر شيئاً أو أرقبه فهو له حياته وموته» وهذا صريح في إبطال الشرط. المبدع (١٩٨/٥) الإنصاف (١٢٥/٧).

وإن شرط رجوعها إلى المعمر عند موته أو قال هى لآخرنا موتا صح الشرط، وعنه لا يصح وتكون للمعمر ولورثته.

فصل

والمشروع في عطية الأولاد القسمة بينهم على قدر ميراثهم[1] فإن خص بعضهم أو فضله فعليه التسوية بالرجوع أو إعطاء الآخر حتى يستووا[2]، فإن مات قبل

---

(١) قوله: «والمشروع في عطية الأولاد إلخ» لا خلاف بين أهل العلم في استحباب التسوية بينهم وكراهية التفضيل. قال إبراهيم كانوا يستحبون التسوية بينهم حتى في القبلة، إذا ثبت هذا فالتسوية المستحبة أن يقسم بينهم على حسب قسمة الله تعالى الميراث فيجعل للذكر مثل حظ الأنثيين وهذا المذهب وبه قال عطاء وشريح وإسحاق ومحمد بن الحسن. وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي وابن المبارك يعطي الأنثى مثل ما يعطي الذكر وهو رواية عن أحمد واختاره ابن عقيل والحارثي لأن النبي ﷺ قال لبشير «سو بينهم» وعلل ذلك بقوله: «أيسرك أن يستووا في برك» فقال نعم قال «فسو بينهم». والبنت كالابن في استحقاق برها فكذلك في عطيتها وعن ابن عباس -رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ «سووا بين أولادكم في العطية ولو كنت مؤثرا أحدًا لآثرت النساء على الرجال» رواه سعيد. ولنا أن الله تعالى قسم بينهم فجعل للذكر مثل حظ الأنثيين وأولى ما اقتدى به قسمة الله تعالى وقضية بشير قضية عين وحكاية حال لا عموم لها إنما يثبت حكمها في مثلها ولا نعلم حال أولاد بشير هل فيهم أنثى أم لا ولعل النبي ﷺ قد علم أنه ليس له إلا ولد ذكر ثم نحمل القسمة على التسوية على القسمة في كتاب الله تعالى. انظر/ الشرح الكبير (٣/٤٣٥).

(٢) قوله: «فإن خص بعضهم إلخ» هذا المذهب قال طاوس لا يجوز ذلك ولا رغيف محترق وبه قال ابن المبارك وقال مالك والثورى والليث والشافعي وأصحاب الرأي يجوز ذلك وروى معنى ذلك عن شريح وجابر بن زيد لأن أبا بكر -رضى الله عنه- وأرضاه نحل عائشة -رضى الله عنها- جذاذ عشرين وسقا دون سائر أولاده واحتج الشافعي بقول النبي ﷺ في حديث النعمان بن بشير «أشهد على هذا غيرى» فأمره بتأكيدها دون الرجوع فيها ولأنها عطية تلزم بموت الأب فكانت جائزة كما لو سوى بينهم ولنا ما روى النعمان بن بشير -رضى الله عنهما- قال تصدق على أبي ببعض ماله فقالت أم عمرة بنت رواحة لا أرضى حتى تشهد عليها رسول الله ﷺ فجاء أبي إلى رسول الله ﷺ ليشهده على صدقتي فقال «أكل ولدك أعطيت مثله» قال لا قال فاتقوا الله واعدلوا بين أولادكم» قال فرجع أبي فرد تلك الصدقة وفي لفظ قال «فاردده» وفي لفظ «فارجعه» وفي لفظ «لا تشهدني على جور» وفي لفظ «فأشهد على هذا غيرى» وفي لفظ «سو بينهم» متفق عليه وهو دليل على التحريم لأنه سماه جورا وأمره برده وامتنع من الشهادة عليه والجور حرام والأمر يقتضى الوجوب =

ذلك ثبت للمعطى[1]، وعنه لا يثبت وللباقين الرجوع اختاره أبو عبد الله ابن بطة. وإن سوى بينهم في الوقف أو وقف ثلثه في مرضه على بعضهم جاز نص عليه. وقياس المذهب أنه لا يجوز[2]. ولا يجوز لواهب أن يرجع

= وقول أبي بكر –رضى الله عنه- لا يعارض قول النبي ﷺ. فأما إن خص بعضهم لمعنى يقتضى تخصيصه من حاجة أو زمانة أو عمى أو كثرة عائلة أو لاشتغاله بالعلم أو صرف عطيته عن بعض ولده لفسقه أو بدعته أو لكونه يعصى الله تعالى بما يأخذه فقد روى عن أحمد رحمه الله تعالى ما يدل على جواز ذلك فإنه قال في تخصيص بعضهم بالوقف لا بأس إذا كان لحاجة وأكرهه إذا كان على سبيل الأثرة والعطية في معناه. انظر/ الشرح الكبير (٣/٤٣٦-٤٣٧).

(١) قوله: «وإن مات إلخ» إذا فاضل بينهم في العطايا أو خص بعضهم بعطية ثم مات قبل أن يسترده ثبت ذلك للموهوب له ولزم وليس لبقية الورثة الرجوع. هذا المنصوص عن أحمد وهو المذهب وبه قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي وأكثر أهل العلم وعنه لا تثبت وللباقين الرجوع اختاره ابن بطة وأبو حفص العكبرى وابن عقيل والشيخ تقي الدين وصاحب الفائق وهو قول عروة بن الزبير وإسحاق. المبدع (٥/ ٢٠١)، الشرح الكبير (٣/٤٣٧)، الإنصاف للمرداوى (٧/١٣١).

(فائدة) قال الإمام أحمد ﷺ أحب إلى أن لا يقسم ماله ويدعه على فرائض الله تعالى لعله أن يولد له فإن أعطى ولده ماله ثم ولد له فأعجب إلى أن يرجع فيسوى بينهم فإن أعطى ولده ثم مات ثم ولد له ولد استحب للمعطى أن يساوى أخاه في عطيته لحديث أبي بكر وعمر رضى الله عنهما فروى سعيد بإسناده من طريقين أن سعد بن عبادة قسم ماله بين أولاده وخرج إلى الشام فمات بها ثم ولد له بعد ذلك ولد فمشى أبو بكر وعمر رضى الله عنهما إلى قيس بن سعد فقالا إن سعدا قسم ماله ولم يدر ما يكون وإنا نرى أن ترد هذه القسمة فقال لم أكن أغير شيئاً صنعه سعد ولكن نصيبي له هذا معنى الخبر. انظر/ الشرح الكبير (٣/٤٣٩).

(٢) قوله: «وقياس المذهب أنه لا يجوز» ذكر المصنف هنا مسألتين (إحداهما) إذا سوى بينهم في الوقف جاز على الصحيح من المذهب لأن القصد القربة على وجه الدوام وقد استووا في القرابة، نقل ابن الحكم: لا بأس، قيل فإن فضل قال لا يعجبني على وجه الأثرة إلا لعيال بقدرهم او حاجة لأن الزبير ﷺ خص المردودة من بناته دون المستغنية. (المسألة الثانية) إذا وقف ثلثه في مرضه على بعضهم وكذا لو أوصى بوقف ثلثه على بعضهم جاز على الصحيح من المذهب نص عليه وهو من المفردات واحتج الإمام بأن عمر ﷺ جعل أمر وقفه إلى حفصة تأكل منه وتشتري رقيقا ولأن الوقف ليس في معنى المال فهو كعتق الوارث وكالوقف على الأجانب. قال المصنف هنا وقياس المذهب أنه لا يجوز واختاره أبو حفص العكبرى وابن عقيل لأنه تخصيص لبعض ورثته بماله في مرضه فمنع منه=

في هبته[1] إلا الأب[2]، وعنه ليس له الرجوع، وعنه له الرجوع إلا أن يتعلق بها حق أو رغبة[3] نحو أن يتزوج الولد أو يفلس، وإن نقصت العين أو زادت

= كالوصية، فحديث عمر ﷺ ليس فيه تخصيص لبعض الورثة بالوقف لأنه جعل الولاية إليها وليس وقفا عليها فعنه كهبة تصح بالإجارة وعنه لا أن قيل هبة وعنه تلزم في ثلثه وهي أشهر. انظر/ الإنصاف للمرداوي (٧/١٣٣-١٣٤).

(فائدة) لو وقف على أجنبي زائدا على الثلث لم يصح وقف الزائد على الصحيح من المذهب. انظر/ الإنصاف (٧/١٣٦).

(فائدة) إذا وقف داره وهي تخرج من ثلثه في مرض موته على ابنه وبنته نصفين جاز على المنصوص ولزم لأنه لما كان له تخصيص البنت بها فبنصفها أولى وعلى المنصوص في المغني وغيره إن أجاز الابن جاز وإن رده بطل الوقف فيما زاد على نصيب الابن وهو السدس ويرجع إلى الابن تمليكا فيكون له النصف وقفا والسدس ملكا والثلث للبنت جميعه وقفا. انظر/ الشرح الكبير (٣/٤٤٠).

(١) قوله: «ولا يجوز لواهب إلخ» أي اللازمة نص عليه وهو المذهب لما روى ابن عباس – رضي الله عنهما – أن النبي ﷺ قال: «العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه» متفق عليه ولأحمد والبخاري ليس لنا مثل السوء وفي رواية لأحمد قال قتادة ولا أعلم القيء إلا حراما فظاهره وإن لم يثب عليها صرح به في المحرر وكذا حكم الهدية. المبدع (٥/٢٠٣)، الشرح الكبير (٣/٤٤١).

(٢) قوله: «إلا الأب» هذا المذهب نص عليه لما روى عمر وابن عباس ﷺ مرفوعا «لا يحل للرجل أن يعطي العطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده» رواه الخمسة وصححه الترمذي . المبدع (٥/٢٠٣) ، الإنصاف (٧/١٣٦).

(٣) قوله: «وعنه له الرجوع إلا إلخ» وكذا لو فعل الولد ما يمنع التصرف مؤبدا أو مؤقتا، وجزم بهذه الرواية في الوجيز، واختاره الشارح وابن عبدوس وابن عقيل والشيخ تقي الدين وقال يرجع فيما زاد على قدر الدين أو الرغبة لأنه تعلق بها حق غير الابن ففي الرجوع إبطال حقه يؤيده قوله عليه الصلاة والسلام «لا ضرر ولا ضرار» وعن أحمد رحمه الله تعالى في المرأة تهب زوجها مهرها إن كان سألها ذلك رده إليها رضيت أو كرهت لأنها لا تهب له إلا مخافة غضبه أو إضرار بها بأن يتزوج عليها نص عليه وجزم به في المنور ومنتخب الآدمي، قال في الرعاية وترجع المرأة بما وهبت زوجها بمسألته على الأصح واختاره ابن عبدوس وجزم به في القواعد الفقهية قال قدم المصنف هنا عدم رجوعها وهو ظاهر كلام الخرقي وكثير من الأصحاب وجزم به في الكافي والجامع الصغير وابن أبي موسى وأبو الخطاب واختاره الحارثي وهو اختيار أبي بكر وغيره. قلت: الصواب عدم الرجوع إن لم يحصل لها ضرر من طلاق وغيره وإلا فلها الرجوع قاله في الإصناف . المبدع (٥/٢٠٣)، الإنصاف (٧/١٣٦). =

زيادة منفصلة لم تمنع الرجوع[1] والزيادة للابن[2]ويحتمل أنها للأب، وهل تمنع المتصلة الرجوع؟ على روايتين[3]. وإن باعه المتهب ثم رجع إليه بفسخ أو إقالة[4] فهل له الرجوع؟ على وجهين[5]، وإن رجع إليه ببيع أو هبة لم يملك

((**رغبة**)) بفتح الراء مصدر رغب في الشيء: طلبه، أو أراده.

= (فوائد) ظاهر كلام المصنف أنها لا ترجع إذا وهبته من غير سؤال وهو صحيح وهو المذهب. الإنصاف (١٣٨/٧).

(الثانية) ذكر الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى أنه لو قال لها أنت طالق إن لم تبرئيني فأبرأته صح. وهل ترجع؟ فيه ثلاث روايات ثالثها ترجع إن طلقها وإلا فلا . انتهى. الإنصاف (١٣٨/٧).

(الثالثة) ويحصل رجوع الأب بقوله، علم الولد أو لم يعلم على الصحيح من المذهب.

(الرابعة) تصرف الأب ليس برجوع على الصحيح من المذهب نص عليه، قال في التلخيص والفروع وغيرهما لا يكون وطؤه رجوعا وهل يكون بيعه وعتقه ونحوهما رجوعا؟ على وجهين وعليهما لا ينفذ لأنه لم يلاق الملك. الإنصاف (١٣٩/٧).

(الخامسة) ظاهر كلام المصنف –بل كالصريح– أن الأم ليس لها الرجوع إذا وهبت ولدها وهو الصحيح من المذهب نص عليه وقيل هي كالأب وجزم به في المبهج والإيضاح واختاره المصنف والشارح والقاضي يعقوب والحارثي وصاحب الفائق وقاله في الإفصاح والواضح وغيرهما وهو مذهب الشافعي لأنها داخلة في قوله: ((إلا الوالد فيما يعطي ولده)). الإنصاف (١٤٠/٧).

(السادسة) ظاهر كلام المصنف أيضاً أن الجد ليس له الرجوع فيما وهبه لولده وهو الصحيح من المذهب. انظر/ الإنصاف (١٤٠/٧).

(السابعة) إجارة الولد وتزويجه والوصية به والهبة قبل القبض والمزارعة والمضاربة به والشركة وتعليق عتقه بصفة لا تمنع الرجوع وكذا وطء الولد لا يمنع الرجوع وإباق العبد وردة الولد لا تمنع إن قيل ببقاء الملك وإن قيل مراعى فكذلك وإن قيل بزواله منعت. الإنصاف (١٤٤/٧).

على قوله: ((نحو أن يتزوج الولد أو يفلس)) وبهذه الرواية قال مالك واختاره شيخنا.

(١) على قوله: ((لم تمنع الرجوع)) هذا المذهب. الإنصاف (١٤١/٧).

(٢) على قوله: ((والزيادة للابن)) هذا المذهب لأنها حادثة في ملكه ولا تتبع في الفسوخ. المبدع (٢٠٥/٥)، الإنصاف (١٤١/٧).

(٣) على قوله: ((على روايتين)) إحداهما تمنع ونصره المصنف والشارح، قال في القواعد وهو المنصوص وهو المذهب على ما اصطلحناه فلو اختلف الأب وولده في حدوث زيادة في الموهوب فالقول قول الأب على الصحيح وقيل قول الولد. المبدع (٢٠٥/٥)، الإنصاف (١٤١/٧).

(٤) على قوله: ((ثم رجع إليه بفسخ أو إقالة)) أو يفلس المشتري. المبدع (٢٠٦/٥).

(٥) على قوله: ((على وجهين)) المذهب له الرجوع. الإنصاف (١٤٢/٧).

الرجوع[1] وإن وهبه المتهب لابنه لم يملك أبوه الرجوع[2] إلا أن يرجع هو، وإن كاتبه أو رهنه لم يملك الرجوع إلا أن ينفك الرهن وتنفسخ الكتابة. وعن أحمد رحمه الله تعالى في المرأة تهب زوجها مهرها إن كان سألها ذلك رده إليها رضيت أو كرهت لأنها لا تهب له إلا مخافة غضبه أو إضرار بها بأن يتزوج عليها.

فصل

وللأب أن يأخذ من مال ولده ما شاء[3] ويتملكه مع حاجته وعدمها[4] في صغر الابن وكبره إذا لم تتعلق حاجة الابن به[5]، وإن تصرف فيه قبل تملكه ببيع أو عتق أو

---

(١) على قوله «لم يملك الرجوع» بلا نزاع وكذا لو رجع بإرث أو وصية.

(٢) على قوله: «لم يملك أبوه الرجوع» على الصحيح من المذهب. الإنصاف (١٤٣/٧).
على قوله: «إلا أن يرجع هو» فيملك الرجوع على الصحيح. الإنصاف (١٤٣/٧).
على قوله: «لم يملك الرجوع» هذا مبني على القول بعدم جواز بيع المكاتب أما على القول بجواز بيعه وهو المذهب فحكمه حكم العين المستأجرة قاله الشارح وقد صرح قبل ذلك بجواز الرجوع في العين المستأجرة لكن المستأجر مستحق للمنافع مدة الإجارة لكن الكتابة باقية على حكمها إذا رجع أيضاً ولا يمنع التدبير الرجوع على الصحيح من المذهب وقيل يمنع. انظر/ الإنصاف (١٤٤/٧).

(٣) قوله: «وللأب أن يأخذ إلخ» هذا المذهب بشرطه ومنع من ذلك ابن عقيل وقال الشيخ تقي الدين ليس للأب الكافر أن يتملك مال ولده المسلم لاسيما إذا كان الولد كافراً ثم أسلم، قال في الإنصاف وهذا عين الصواب فعلى المذهب قال الشيخ تقي الدين يستثنى مما للأب أن يأخذه من مال ولده سرية الابن ولو لم تكن أم ولد فإنها ملحقة بالزوجة ونص عليه. انظر/ المبدع (٢٠٧/٥)، الإنصاف (١٤٥/٧).

(٤) قوله: «مع الحاجة وعدمها» هذا المذهب وقيل لا يتملك من مال ولده ما احتاج إليه وبه قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي. وسأله ابن منصور وغيره عن الأب يأكل من مال ابنه، قال نعم إلا أن يفسده فله القوت، ولنا ما روى سعيد والترمذي وحسنه عن عائشة –رضى الله عنها- قالت: قال رسول الله ﷺ «إن أطيب ما أكلتم من كسبكم وإن أولادكم من كسبكم» وروى الطبراني في معجمه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال إن أبي احتاج مالى فقال «أنت ومالك لأبيك». المبدع (٢٠٧/٥)، الإنصاف (١٤٥/٧).
(تنبيه) مفهوم كلام المصنف أن الأم ليس لها أن تأخذ من ولدها كالأب وهو صحيح وهو المذهب وقيل لها ذلك. الإنصاف (١٤٥/٧).

(٥) قوله: «إذا لم تتعلق حاجة الابن به» يشترط في جواز أخذ الأب من مال ولده أن لا يضر الأخذ به كما إذا تعلقت حاجته به نص عليه وعنه له الأخذ ما لم يجحف به =

إبراء من دين لم يصح تصرفه، وإن وطئ جارية ابنه فأحبلها صارت أم ولد له وولده حر لا تلزمه قيمته ولا مهر ولا حد[1]، وفي التعزير وجهان. وليس للابن مطالبة أبيه بدين ولا قيمة متلف ولا أرش جناية ولا غير ذلك[2]، والهدية والصدقة نوعان من الهبة.

= وجزم به في الكافي والمغني والشرح. وللأب أن يأخذ من مال ولده ما شاء مع غناه وحاجته بشرطين: أحدهما: أن لا يجحف بالابن ولا يأخذ ما تعلقت به حاجته، الثاني: أن لا يأخذ من أحد ولديه ليعطيه الآخر نص عليه، قال الشيخ تقي الدين قياس المذهب أنه ليس للأب أن يتملك من مال ابنه في مرض موت الأب ما يخلفه تركة لأنه بمرضه قد انعقد السبب القاطع لتملكه فهو كما لو تملك في مرض موت الابن، وقال أيضا لو أخذ من مال ولده شيئاً ثم انفسخ سبب استحقاقه بحيث وجب رده إلى الذي كان مالكه مثل أن يأخذ الأب صداق ابنته ثم يطلق الزوج أو يأخذ ثمن السلعة التي باعها الولد ثم ترد السلعة بعيب أو يأخذ المبيع الذي اشتراه الولد ثم يفلس بالثمن ونحو ذلك فالأقوى في جميع الصور أن للمالك الأول الرجوع على الأب. المبدع (٥/٢٠٨)، الإنصاف (٧/١٤٦).

على قوله: «لم يصح تصرفه» هذا المذهب ويحصل تملكه بالقبض ونص عليه مع القول أو النية. انظر/ الإنصاف (٧/١٤٧).

على قوله: «وإن وطئ جارية ابنه» أي قبل تملكها فقد وطئها وليست بزوجة ولا ملك يمين وهو حرام. المبدع (٥/٢٠٩).

على قوله: «صارت أم ولد له» هذا بلا نزاع إذا لم يكن الابن وطئها وإن كان الابن يطأها فظاهر كلام المصنف هنا أنها تصير أم ولد له أيضاً إذا أحبلها وهو أحد الوجهين ورجحه في المغني وهو كالصريح فيما قطع به صاحب المحرر والشارح وغيرهم. والصحيح من المذهب أنها لا تصير أم ولد إذا كان الابن يطأها نص عليه. المبدع (٥/ ٢٠٩)، المغني (٦/٢٩٣).

على قوله: «ولا مهر» وهذا المذهب وظاهر كلام المصنف أن الأب لا تلزمه قيمة جارية ابنه إذا أحبلها والصحيح من المذهب أنه يلزمه قيمتها. المبدع (٥/٢٠٩)، الإنصاف (٧/١٤٨).

(١) قوله: «ولا حد» هذا المذهب للشبهة وعنه يحد قال جماعة ما لم ينو تملكها ومحل هذا إذا كان الابن لم يطأها فأما إن كان الابن يطأها ففي وجوب الحد عليه روايتان منصوصتان وأطلقهما في الرعاية والفروع، قال في الإنصاف وظاهر ما قطع به المصنف هنا في باب حد الزنا وفي الكافي والمغني أنه لا حد عليه سواء كان الولد يطؤها أو لا قال الحارثي ولا فرق في انتفاء الحد بين كون الابن يطؤها أو لا قال في الإنصاف والأولى وجوب الحد. المبدع (٥/٢٠٩)، الإنصاف (٧/١٤٩).

(٢) قوله: «وليس للابن مطالبة أبيه إلخ» هذا المذهب وعليه الأصحاب وقطع به أكثرهم وهو من مفردات المذهب وقاله الزبير بن بكار وسفيان بن عيينة لما روي أن رجلا جاء إلى النبي ﷺ بأبيه يقتضيه دينا عليه فقال «أنت ومالك لأبيك» رواه الخلال. المبدع (٥/٢١٠)، الإنصاف (٧/١٥٠). =

فصل في عطية المريض

أما المريض غير مرض الموت أو مرض غير مخوف كالرمد ووجع الضرس والصداع ونحوه فعطاياه كعطايا الصحيح سواء تصح في جميع ماله[1]، وإن كان مرض الموت المخوف كالبرسام وذات الجنب والرعاف الدائم والقيام المتدارك

«**والصداع**» قال الجوهري: الصداع: وجع الرأس [2]. وقال ابن القطاع: صدع الرجل صُداعا: وجعه رأسه، ويقال: أوجعه رأسه، حكاهما أبو عثمان.

«**المخوف كالبرسام**» المخوف بالنصب: صفة لمرض، لا للموت.

والبرسام: بكسر الباء معرب: علة معروفة، وقد برسم الرجل، فهو مبرسم. وقال عياض: هو مرض معروف، وورم في الدماغ يتغير منه عقل الإنسان ويهذي. وقيل فيه: شرسام، بشين معجمة وبعد الراء سين مهملة.

«**وذات الجنب**»: هي: قرحة تصيب الإنسان داخل جنبه، وقال أبو السعادات: ذات الجنب هي: الدُّبَيلة والدمل الكبيرة التي تظهر في باطن الجنب، وتنفجر إلى داخل، وقلما يسلم صاحبها.

والمجنوب: الذي أخذته ذات الجنب، وقيل: الذي يشتكي جنبه.

«**والرعاف**» تقدم في الحيض.

«**والقيام المتدارك**» وهو مرض المبطون الذي أصابه الإسهال.

«**كالسل والجذام والفالج**» السِّل، بكسر السين، والسلال: داء معروف، وقد

= (تنبيه) ظاهر كلام المصنف أن ذلك يثبت في ذمته ولكن يمنع من مطالبته وهو أحد الوجهين والمذهب منهما، والوجه الثاني لا يثبت في ذمته قال الحارثي وهو الأصح وهو المنصوص عن أحمد فعلى الوجه الأول هل يملك الأب إبراء نفسه من الدين؟ قال القاضي فيه نظر.

قال الشيخ تقي الدين يملك الأب إسقاط دين الابن عن نفسه ولو وجد عين ماله الذي باعه أو أقرضه بعد موت أبيه ففي الرجوع روايتان قدم في المغني الرجوع. انظر/ الإنصاف (١٥٠/٧).

(١) على قوله: «تصح في جميع ماله» وهذا المذهب وعليه الأصحاب ولو اتصل به الموت للأدلة وكما لو كان مريضاً فبرأ. المبدع (٢١١/٥)، الإنصاف (١٥٥/٧).

(٢) انظر/ لسان العرب (٢٤١٥/٤)- (صدع).

والفالج في ابتدائه والسل في انتهائه وما قال عدلان[1] من أهل الطب إنه مخوف فعطاياه كالوصية في أنها لا تجوز لوارث ولا تجوز لأجنبي بزيادة على الثلث إلا بإجازة الورثة مثل الهبة والعتق والكتابة والمحاباة[2]، فأما الأمراض الممتدة كالسل والجذام والفالج في دوامه فإن صار صاحبها صاحب فراش فهي مخوفة وإلا فلا[3]،

سُل وأسّله الله تعالى، فهو مسلول على غير قياس.

والجُذام: داء معروف، كأنه من جُذِمَ، فهو مجذوم. وقال الجوهري: ولا يقال: أجذم [4].

---

(١) على قوله: «وما قال عدلان إلخ» مفهومه أنه لا يقبل في ذلك قول عدل مطلقا وهو المذهب لأنه يتعلق به حق الوارث والعطايا. المبدع (٢١٢/٥)، الإنصاف (١٥٥/٧).

(٢) قوله: «إلا بإجازة الورثة مثل الهبة إلخ» أي وكالصدقة والوقف والإبراء من الدين والعفو عن الجناية الموجبة للمال لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال «إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم» رواه ابن ماجه فمفهومه ليس له أكثر من الثلث يؤيده ما روى عمران بن حصين رضي الله عنهما أن رجلا أعتق في مرضه ستة أعبد لم يكن له مال غيرهم فاستدعاهم النبي ﷺ فجزأهم ثلاثة أجزاء فأقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة رواه مسلم وإذا لم ينفذ العتق مع سرايته فغيره أولى. المبدع (٥/ ٢١٢)، الإنصاف (١٥٥/٧، ١٥٦).

(فائدة) لو علق عتق عبده على شرط فوجد الشرط في مرضه فالصحيح من المذهب أنه يكون من الثلث. الإنصاف (١٥٦/٧).

على قوله: «مثل الهبة والعتق والكتابة والمحاباة» يعني إذا مات من ذلك أما إذا عوفي فهذه العطايا كعطايا الصحيح.

(٣) قوله: «فأما الأمراض الممتدة إلخ» إذا صار صاحبها صاحب فراش فهي مخوفة بلا نزاع وعطيته من الثلث وبه يقول الأوزاعي والثوري ومالك وأبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور وذكر أبو بكر وجها آخر -وهو رواية- أن عطايا هؤلاء من المال كله وهو مذهب الشافعي لأنه لا يخاف تعجيل الموت فيه وإن كان لا يبرأ منه فهو كالهرم، ولنا أنه مريض صاحب فراش يخشى التلف أشبه صاحب الحمى الدائمة وأما الهرم فإن كان صاحبها صاحب فراش فهو كمسألتنا وإن لم يصر صاحب هذه الأمراض صاحب فراش فعطاياه كالصحيح وهذا المذهب. الشرح الكبير (٤٥١/٣).

على قوله: «صاحب فراش» أي لزم الفراش. المبدع (٢١٣/٥).

على قوله: «ومن كان بين الصفين إلخ» أي بأن اختلطت الطائفتان للقتال وكانت كل منهما مكافئة للأخرى أو مقهورة ولا فرق بين كون الطائفتين متفقتين في الدين أو لا وبه قال مالك والثوري والوزاعي. الشرح الكبير (٤٥١/٣).

(٤) ذكره وعزاه للجوهري ابن منظور. انظر/ لسان العرب (٥٧٨/١)- (جذم).

وقال أبو بكر: فيه وجه آخر أن عطيته من الثلث، ومن كان بين الصفين عند التحام الحرب أو في لجة البحر عند هيجانه[1] أو وقع الطاعون ببلده[2] أو قدم ليقتص منه أو الحامل عند المخاض فهو كالمريض[3].

قال الخرقي: وكذلك الحامل إذا صار لها ستة أشهر، وقيل عن أحمد رحمه الله تعالى ما يدل على أن عطايا هؤلاء من المال كله، وإن عجز الثلث عن التبرعات المنجـــزة بدئ بالأول فالأول منهـــا[4]، فإن تساوت قسم بين الجميع

والفالج: داء معروف يرخي بعض البدن.

وقال ابن القطاع: وفُلِجَ فالجاً: بطل نصفه، أو عضو منه.

---

(١) قوله: «أو في لجة إلخ» أي: إذا اضطرب وهبت الريح العاصف لأن الله تعالى وصفهم بشدة الخوف في قوله: ﴿ هُوَ ٱلَّذِى يُسَيِّرُكُمْ فِى ٱلْبَرِّ وَٱلْبَحْرِ ﴾ فأما إن كان ساكنا فليس بمخوف.
المبدع (٥/٢١٣-٢١٤).

قوله: «أو وقع الطاعون ببلده» قال أبو السعادات: هو المرض العام والوباء الذي يفسد له الهواء فتفسد به الأمزجة والأبدان.
المبدع (٥/٢١٤).

(٣) قوله: «فهو كالمريض» أى مرضا مخوفا وهذا المذهب وعليه الأصحاب في الجملة، وقال الشارح وغيره: ويحتمل أن الطاعون إذا وقع ببلدة أنه ليس بمخوف فإنه ليس بمريض وإنما يخاف المرض، قال في الإنصاف وما هو ببعيد. المبدع (٥/٢١٤)، الإنصاف (٧/١٥٨).

(فوائد) حكم من حبس للقتل حكم من قدم يقتص منه. انظر/ الإنصاف (٧/١٥٩).

(الثانية) الأسير فإن كان عادتهم القتل فحكمه حكم من قدم ليقتص منه على الصحيح من المذهب وعنه عطاياه من كل المال وإن لم يكن عادتهم القتل فكالصحيح. الإنصاف (٧/١٥٩).

(الثالثة) لو جرح جرحًا موحيًا فهو كالمريض مع ثبات عقله وفهمه على الصحيح من المذهب. الإنصاف (٧/١٦٠).

على قوله: «وكذلك الحامل إذا صار لها ستة أشهر» وبه قال مالك. الشرح الكبير (٣/ ٤٥٢).

(٤) قوله: «وإن عجز الثلث عن التبرعات إلخ» هذا المذهب سواء كان الأول عتقا أو غيره وبهذا قال الشافعي لأن السابق استحق الثلث فلم يسقط بما بعده وعنه يقدم العتق وبه قال أبو يوسف ومحمد. الشرح الكبير (٣/٤٥٣).

بالحصص [1]، وعنه يقدم العتق. وأما معاوضة المريض بثمن المثل فتصح من رأس المال وإن كانت مع وارث[2]، ويحتمل أن لا يصح لوارث، وإن حابى وارثه فقال القاضي يبطل في قدر ما حاباه ويصح فيما عداه[3] وللمشتري الخيار لأن الصفقة تبعضت في حقه فإن كان له شفيع فله أخذه فإن أخذه فلا خيار للمشتري ،

«**التحام الحرب**» : كناية عن اختلاط بعضهم ببعض، كاشتباك لحمة الثوب بالسدى، أو لأن بعضهم يلحم بعضاً، أي: يقتل، أو لكثرة لحوم القتلى.

«**أو وقع الطاعون**» قال أبو السعادات: الطاعون: المرض العام، والوباء الذي يفسد الهواء، فتفسد به الأمزجة والأبدان.

وقال عياض: هو قروح تخرج في المغابن وغيرها، لا يلبث صاحبها، وتعم إذا ظهرت.

«**المخاض**» تقدم في بهيمة الأنعام.

«**حابى**» تقدم في الحجر والشركة.

---

(١) قوله: «فإن تساوت إلخ» إن لم يكن فيها عتق ووقعت دفعة واحدة قسم الثلث بينهم بالحصص بلا نزاع وإن كان فيها عتق فكذلك على الصحيح من المذهب لأنهم تساووا في الاستحقاق فيقسم بينهم على قدر حقوقهم كغرماء المفلس وإن كانت كلها عتقاء أقرعنا بينهم فيكمل العتق في بعضهم. المبدع (٥/٢١٥)، الإنصاف (٧/١٦١).

(فائدة) لو قضى المريض بعض غرمائه دينه ووفت تركته بالكل صح نص عليه، وإن لم تف فوجهان أشهرهما وهو قياس قول أحمد أنهم لا يملكون الاعتراض عليه لأنه أدى واجباً عليه كأداء ثمن المبيع وهو منصوص الشافعي، والثاني عكسه وبه قال أبو حنيفة لأن حقهم تعلق بماله بمرضه فمنع تصرفه فيه. الشرح الكبير (٣/٤٥٣).

(٢) على قوله: «وإن كانت مع وارث» وهذا الصحيح من المذهب لأنه لا تبرع فيها ولا تهمة. المبدع (٥/٢١٥).

(٣) على قوله: «وتصح فيما عداه» وهذا الصحيح من المذهب لأن المانع من صحة البيع المحاباة وهي هنا مفقودة. انظر / المبدع (٥/٢١٦).

على قوله: «لأن الصفقة تبعضت في حقه» فشرع دفعًا للغرر. المبدع (٥/٢١٦).

على قوله: «فله أخذه» لأنها تجب بالبيع الصحيح وقد وجد. المبدع (٥/٢١٦).

على قوله: «فلا خيار للمشتري» لزوال الضرر المبدع (٥/٢١٦).

وإن باع المريض أجنبيا أو حاباه[1] وكان شفيعه وارثا فله الأخذ بالشفعة لأن المحاباة لغيره ويعتبر الثلث عند الموت فلو أعتق عبدا لا يملك غيره ثم ملك مالا يخرج من ثلثه تبين أنه عتق كله وإن صار عليه دين يستغرقه لم يعتق منه شيء[2].

فصل

وتفارق العطية الوصية في أربعة أشياء: **(أحدها)** أنه يبدأ بالأول فالأول منها[3]، والوصايا يسوى بين المتقدم والمتأخر منها[4]. **(والثاني)** أنه لا يملك الرجوع في

---

(١) قوله: «وإن باع المريض أجنبيا أو حاباه» لم يمنع ذلك من صحة العقد في قول الجمهور وقال أهل الظاهر يبطل، ولنا عموم قوله تعالى ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ ﴾ هذا لو باع عبدا لا يملك غيره، قيمته ثلاثون بعشرة فقد حاباه بثلثي الثمن وليس له المحاباة بأكثر من الثلث فإن أجاز الورثة ذلك لزم البيع وإن ردوا، واختار المشتري فسخ البيع فله ذلك لأن الصفة تبعضت فإن اختار إمضاء البيع فقال شيخنا عندي أنه يأخذ نصف المبيع بنصف الثمن ويفسخ البيع في الباقي وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي والوجه الثاني أنه يأخذ ثلثي المبيع بالثمن كله وإلى هذا أشار القاضي في نحو هذه المسألة لأنه يستحق الثلث بالمحاباة والثلث الآخر بالثمن، وقال مالك: له أن يفسخ ويأخذ ثلث المبيع بالمحاباة ويسميه أصحابه «خلع الثلث» المبدع (٥/٢١٦-٢١٧)، الإنصاف (٧/١٦٢-١٦٣).

على قوله: «لأن المحاباة لغيره» وهذا المذهب كما لو وصى لغريم وهذا إذا لم يكن حيلة. المبدع (٥/٢١٧).

على قوله: «ويعتبر الثلث عند الموت» وهذا المذهب لأنه وقت لزوم الوصايا. المبدع (٥/٢١٧).

(٢) قوله: «وإن صار عليه دين إلخ» هذا المذهب نص عليه لأن الدين قبل الوصية بدليل قول علي ﷺ «قضى النبي ﷺ بالدين قبل الوصية» وعنه يعتق الثلث لأن تصرف المريض من الثلث كتصرف الصحيح في الجميع فإن مات قبل سيده مات حرا وقيل بل ثلثه. انظر/ المبدع (٥/٢١٧)، الإنصاف (٧/١٦٣).

(٣) قوله: «أحدها أنه يبدأ بالأول إلخ» هذا الصحيح من المذهب لوقوعها لازمة. المبدع (٥/٢١٨)، الإنصاف(٧/١٦٣).

(٤) قوله: «والوصايا إلخ» هذا الصحيح من المذهب أيضا لأنها تبرع بعد الموت فوجد دفعة واحدة لكن لو اجتمعت العطية والوصية وضاق الثلث عنهما فالصحيح من المذهب أن العطية تقدم على الوصية وبه قال الشافعي وجمهور العلماء وأبو حنيفة وأبو يوسف وزفر، إلا في العتق فإنه حكي عنهم تقديمه وهو رواية عن أحمد. الشرح الكبير (٣/٤٥٧)، الإنصاف(٧/١٦٣).

العطية[1] بخلاف الوصية[2]. (**الثالث**) أنه يعتبر قبوله للعطية عند وجودها[3] والوصية بخلافه[4]. (**الرابع**) أن الملك يثبت في العطية من حينها[5] ويكون مراعيا[6] فإذا خرج من الثلث عند الموت تبين أن الملك كان ثابتا من حينه، فلو أعتق في مرضه عبدا أو وهبه لإنسان ثم كسب في حياة سيده شيئا ثم مات سيده فخرج من الثلث كان كسبه له إن كان معتقا وللموهوب له إن كان موهوبا، وإن خرج بعضه فلهما من كسبه بقدر ذلك فلو أعتق عبدا لا مال له سواه فكسب مثل قيمته قبل موت سيده فقد عتق منه شيء وله من كسبه ....

«**مراعى**» هو اسم مفعول من: راع الشيء بمعنى راقبه وانتظره أن يكون ذلك مراقبا منتظرا ما يؤول أمره إليه.

---

(١) قوله: «الثاني إلخ» لأنها تقع لازمة في حق المعطي تنتقل إلى المعطى في الحياة إذا اتصل بها القبول والقبض ولو كثرت وإنما منع من التبرع بزيادة على الثلث لحق الورثة. المبدع(٥/٢١٨).

(٢) قوله: «بخلاف الوصية» أى فإنه يملك الرجوع فيها لأن التبرع فيها مشروط بالموت فقبل الموت لم يوجد فهى كالهبة قبل القبول. المبدع(٥/٢١٨).

(٣) قوله: «الثالث إلخ» أي لأنها تمليك في الحال. المبدع(٥/٢١٨).

(٤) قوله: «بخلاف الوصية» أي فإنها تمليك بعد الموت فاعتبر عند وجوده. المبدع(٥/ ٢١٨).

(٥) قوله: «الرابع أن الملك إلخ» أى بشروطها لأنها إن كانت هبة فمقتضاها تمليكه الموهوب في الحال فيعتبر قبولها في المجلس كعطية الصحة وكذا إن كانت محاباة أو اعتاقا. المبدع(٥/٢١٨).

(٦) قوله: «ويكون مراعيا» أى لأنه لا نعلم هل هو مرض الموت أو لا، ولا نعلم هل يستفيد ما لا يتلف شيء من ماله، فتوقفنا لنعلم عاقبة أمره لنعمل بها فإذا انكشف الحال علمنا حينئذ ما ثبت حال العقد. انظر/ المبدع(٥/٢١٨).

على قوله: «كان كسبه له إن كان معتقا» لأن الكسب تابع لملك الرقبة. المبدع(٥/٢١٩).

على قوله: «وإن خرج بعضه» أى من الثلث. المبدع(٥/٢١٩).

على قوله: «فلهما» أى للمعتق والموهوب له. المبدع(٥/٢١٩).

على قوله: «بقدر ذلك» أى بمقدار نسبة ذلك البعض إليه. المبدع(٥/٢١٩).

شيء[1] ولورثة سيده شيئان فصار العبد وكِسبه نصفين يعتق منه نصفه وله نصف كسبه ولورثته نصفهما[2]، وإن كسب مثلي قيمته صار له شيئان وعتق منه شيء وللورثة شيئان فيعتق ثلاثة أخماسه وله ثلاثة أخماس كسبه والباقي للورثة[3]، وإن كسب نصف قيمته عتق منه شيء وله نصف شيء من كسبه وللورثة شيئان فيعتق منه ثلاثة أسباعه وله ثلاثة أسباع كسبه والباقي للورثة، وإن كان موهوبا لإنسان فله من العبد بقدر ما عتق منه وبقدره من كسبه، وإن أعتق جارية ثم وطئها ومهر مثلها نصف قيمتها فهو كما لو كسبت نصف قيمتها يعتق منها ثلاثة أسباعها[4]، ولو وهبها مريضاً آخر لا ملك له أيضاً

---

(١) قوله: ((فلو أعتق عبدا- إلى قوله- وله من كسبه شيء)) أى لأن الكسب يتبع ما تنفذ فيه العطية دون غيره فلزم الدور لأن للعبد من كسبه بقدر ما عتق وباقيه لسيده فيزداد به مال السيد وتزاد الحرية لذلك ويزداد حقه من كسبه فينقص به حق السيد من كسبه وينقص بذلك قدر المعتق منه. ونبه عليه بقوله ولورثة سيده شيئان فصار العبد وكسبه نصفين أى صار مقسوما نصفين لأن العبد لما استحق نصفه بعتقه شيئاً وبكسبه شيئاً كان له في الجملة شيئان وللورثة شيئان. المبدع(٥/٢١٩).

(٢) قوله: ((وللورثة نصفهما)) أى نصف العبد ونصف الكسب فإذا كان العبد قيمته مائة مثلا وكسب مائة قسمت ذلك على أربعة أشياء فيكون الشيء وهو أولى من ضم الأشياء ثم يقسم نصفين لأن الأول يبين مقدار الشيء فيعلم مقدار العتق بخلاف القسمة نصفين فإنه يحتاج إلى نظر لتبيين مقدار العتق. المبدع(٥/٢١٩).

(٣) قوله: ((وإن كسب مثلي قيمته إلخ)) أى صار له شيئان من كسبه فصار له ثلاثة أشياء ولهم شيئان فيقسم العبد وكسبه أخماساً يعتق منه ثلاثة أخماسه وله ثلاثة أخماس كسبه وللورثة خمساه وخمسا كسبه. المبدع(٥/٢١٩).

على قوله: ((وللورثة شيئان)) فالجميع ثلاثة أشياء ونصف شيء فأبسطها تصير سبعة له ثلاثة أسباعه. المبدع(٥/٢١٩).

على قوله: ((فله)) أى الموهوب له. المبدع(٥/٢٢٠).

على قوله: ((بقدر ما عتق منه)) لأن القدر الموهوب يعدل القدر المعتق. المبدع(٥/٢٢٠).

على قوله: ((وبقدره من كسبه)) أي لأن الكسب يتبع الملك فلزم أن يملك من الكسب بقدر ما ملك من العبد. المبدع(٥/٢٢٠).

على قوله: ((وإن أعتق جارية)) لا مال له غيرها. المبدع(٥/٢٢١).

(٤) قوله: ((وإن أعتق جارية إلخ)) أى لأنها لو كسبت نصف قيمتها لعتق منها ثلاثة أسباعها سبع بملكها له من نفسها بحقها من مهرها ولا ولاء عليها لأحد وسبعان=

فوهبها الثاني للأول وصحت هبة الأول في شيء وعاد إليه بالهبة الثانية ثلثه بقي لورثة الآخر ثلثا شيء وللأول شيئان فلهم ثلاثة أرباعها ولورثة الثاني ربعها. وإن باع مريض قفيزا لا يملك غيره يساوي ثلاثين بقفيز يساوي عشرة، فأسقط قيمة الرديء من قيمة الجيد ثم أنسب الثلث إلى الباقي وهو عشرة من عشرين تجده نصفها فيصح البيع في نصف الجيد بنصف الرديء ويبطل فيما بقي. وإن أصدق امرأة عشرة لا مال له غيره وصداق مثلها خمسة فماتت قبله ثم مات فلها بالصداق خمسة وشيء بالمحاباة رجع إليه نصف ذلك بموتها صار له سبعة ونصف إلا نصف شيء يعدل شيئين أجبرها بنصف شيء وقابل يخرج الشيء ثلاثة فلورثته ستة ولورثتها أربعة، وإن مات قبلها ورثته وسقطت المحاباة نص عليه، وعنه تعتبر المحاباة من الثلث؛ وقال أبو بكر هذا قول قديم رجع عنه.

فصل

ولو ملك ابن عمه فأقر في مرضه أنه أعتقه في صحته عتق[1] ولم يرثه ذكره أبو الخطاب[2] لأنه لو ورثه كان إقراره لوارث وكذلك على قياسه لو اشترى ذا رحمه المحرم في مرضه وهو وارثه[3] أو وصى له به أو وهب له فقبله في مرضه.

= بإعتاق الميت لكن في النسبية نظر من حيث أن الكسب يزيد به ملك السيد وذلك يقتضي الزيادة في العتق والمهر ينقصه وذلك يقتضي نقصان العتق. انظر المبدع(٥/٢٢١)

(١) قوله: «ولو ملك ابن عمه إلخ» أى عتق من رأس المال لأن إقرار المريض لذلك كالصحيح. المبدع(٥/٢٢٣).

(٢) قوله: «ولم يرثه إلخ» أى فيبطل عتقه لأنه مرتب على صحة الإقرار وهو لا يصح لوارث وعلله الجبري بأن عتقهم وصية فلا يجمع بين الأمرين لأنهم إذا ورثوا بطلت الوصية وإذا بطلت الوصية بطل العتق فيؤدي توريثهم إلى إسقاط توريثهم والمنصوص عن أحمد رحمه الله تعالى أنه يعتق ويرث، وهو المذهب ويكون من رأس ماله على الصحيح من المذهب نص عليه. المبدع(٥/٢٢٣).

(٣) قوله: «وكذلك على قياسه إلخ» يعني أنه يعتق ولا يرث على قول أبي الخطاب ومن تابعه وقال القاضي يرثه وهو المذهب نص عليه وصححه الشارح ويعتقون من رأس المال على الصحيح من المذهب نص عليه؛ لأنه لا تبرع فيه إذ التبرع بالمال إنما هو بالعطية أو الإتلاف أو التسبب إليه وهذا ليس بواحد منها والعتق ليس من فعله ولا يتوقف على اختياره فهو كالحقوق التي تلزم بالشرع وقبوله الهبة ونحوها ليس بعطية=

وقال القاضي يعتق ويرث. ولو أعتق أمته وتزوجها في مرضه لم ترثه على قياس الأول[1]، وقال القاضي ترثه. ولو أعتقها وقيمتها مئة ثم تزوجها وأصدقها مئتين لا مال له سواهما وهى مهر مثلها ثم مات صح العتق[2] ولم تستحق الصداق

= ولا إتلاف لماله وإنما هو تحصيل لشيء تلف بتحصيله فأشبه قبوله لشيء لا يمكنه حفظه وفارق الشراء فإنه تضييع لماله في ثمنه. المبدع(٥/٢٢٤)، الإنصاف(٧/١٦٧).

(١) قوله: «ولو أعتق أمته إلخ» أى لأن إرثها يفضي إلى بطلان عتقها لأنه وصية وإبطال عتقها يبطل بتوريثها، وقال القاضي: ترثه وهو المذهب نص عليه وجزم به في الشرح وغيره لأن العتق في هذه الحال وصية بما لا يلحقه الفسخ فيجب تصحيحه للوارث كالعفو عن العمد في مرضه فإنه لا يسقط ميراثه ولا يبطل الوصية وعتقها يكون من الثلث إن خرجت من الثلث عتقت وصح النكاح كما لو أعتق ابن عمه أو اشترى ذا رحم يعتق عليه ممن يرث وإن لم تخرج عتق قدره وبطل النكاح لانتفاء شرطه ولو أعتقها في صحته وتزوجها في مرضه فإنه يصح وترثه بغير خلاف علمناه. انظر/ المبدع(٥/٢٢٤)، الإنصاف(٧/١٦٩).

(٢) قوله: (ولو أعتقها وقيمتها مائة إلخ» وهذا المذهب، ووجهه أنها إذا استحقت الصداق لم يبق شيء سوى قيمة الأمة المقدر بقاؤها فلا ينفذ العتق في كلها لكون الإنسان محجورا عليه في التصرف في مرضه في جميع ماله وإذا بطل العتق في البعض بطل النكاح وإذا بطل النكاح بطل الصداق. المبدع(٥/٢٢٤)، الإنصاف(٧/١٧٠).

[فائدتان] لو تزوج في مرض الموت بمهر يزيد على مهر المثل ففى المحاباة روايتان إحداهما: هى موقوفة على إجازة الورثة لأنها عطية الوارث، والثانية: تنفذ من الثلث. الإنصاف(٧/١٧٠).

(الثانية) لو أصدق المائتين أجنبية والحالة ما ذكر صح وبطل العتق في ثلثي الأمة لأن الخروج من الثلث معتبر بحالة الموت وحالة الموت لم يبق له مال وكذا لو تلفت المائتان قبل موته عتق منها الثلث فقط. الإنصاف(٧/١٧٠).

على قوله: «صح العتق» والنكاح لأنه صدر من أهله في محله. المبدع(٥/٢٢٤-٢٢٥).

على قوله: «وقال القاضي تستحق المائتين» وتعتق لأن العتق وصية لها وهى غير وارثة والصداق استحقته بعقد المعاوضة وهى تنفذ من رأس المال، قال في المغني والأول أولى من القول بصحة العتق واستحقاق الصداق جميعا لإفضائه إلى القول بصحة العتق في مرض الموت من جميع المال ولا خلاف في فساد ذلك. المبدع(٥/٢٢٥).

على قوله: «فقال القاضي يصح الشراء ولا يعتق» وهذا المذهب لسبق التبرع بالثلث. الإنصاف(٧/١٧٠-١٧١).

على قوله: «فإذا مات» المشتري. انظر/ المبدع (٥/٢٢٦).

على قوله: «إن كان ممن يعتق عليهم» كالأولاد والأخوة لأب لأنهم ملكوا من =

لئلا يفضي إلى بطلان عتقها ثم يبطل صداقها. وقال القاضي: تستحق المئتين.
ولو تبرع بثلث ماله ثم اشترى أباه من الثلثين فقال القاضي يصح الشراء ولا يعتق فإذا مات عتق على الورثة إن كانوا ممن يعتق عليه ولا يرث لأنه لم يعتق في حياته.

«**بعد ذكر المائتين وهي مهر مثلها**» كذا بخطه رحمه الله تعالى، والأحسن: «**وهما**» لكن الضمير المؤنث يعود إلى الدراهم؛ لأنها مدلول المائتين والله سبحانه أعلم .

= يعتق عليهم. المبدع(٥/٢٢٦).
على قوله: «ولا يرث» الأب من ابنه. المبدع(٥/٢٢٦).
على قوله: «لأنه لم يعتق في حياته» ومن شرط الإرث حرية الوارث عند الموت وهذا المذهب في ذلك كله. المبدع(٥/٢٢٦).

كتاب الوصايا

وهي الأمر بالتصرف بعد الموت[1] والوصية بالمال هى التبرع به بعد الموت، وتصح من البالغ الرشيد عدلا كان أو فاسقا رجلا أو امرأة مسلما أو كافرا[2] ومن السفيه في أصح الوجهين[3]ومن الصبي العاقل إذا جاوز

كتاب الوصايا

الوصايا: جمع وصية، قال ابن القطاع: يقال: وصيت إليه وصاية ووصية، ووصيته وأوصيته، وأوصيت إليه، ووصيت الشيء بالشيء وصيا: وصلته. قال الأزهري: وسميت الوصية وصية؛ لأن الميت لما أوصى بها، وصل ما كان فيه من أيام حياته بما بعده من أيام مماته، يقال: وصى وأوصى بمعنى، ويقال: وصى الرجل أيضا، والاسم: الوصية والوصاة. [4]

---

(١) قوله: «وهي الأمر بالتصرف إلخ» هذا الحد هو الصحيح والإجماع على مشروعيتها، وسنده قوله تعالى ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ﴾ الآية، وقوله تعالى ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ وقوله عليه الصلاة والسلام «ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي به يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عند رأسه» متفق عليه من حديث ابن عمر رضى الله عنهما. المبدع(٥/٢٢٧-٢٢٨).

(٢) قوله: «وتصح من البالغ الرشيد إلخ» لأن هبتهم صحيحة فالوصية أولى. وحاصله أن من جاز تصرفه في ماله جازت وصيته والمراد ما لم يعاين الموت قاله في الكافي وغيره، لأنه لا قول له والوصية قول وقد شمل كلامه العبد وهو صحيح ذكره الأصحاب منهم المصنف وغيره فإن كان فيما عدا المال فصحيح وإن كان في المال فإن مات قبل العتق فلا وصية على المذهب لانتفاء ملكه وإن قيل يملك بالتمليك صحت، ذكره بعض الأصحاب. والمكاتب والمدبر وأم الولد كالقن وشمل كلامه أيضا المحجور عليه لفلس فتصح حتى لو كانت الوصية بعين من ماله لأنه قد يتحول ما بقى من الدين فلا يعين المال الأول إذا للغرماء وإن مات قبل ذلك ألغيت الوصية المبدع(٥/٢٢٨) الإنصاف(٧/١٧٢).

(٣) قوله: «وتصح من السفيه إلخ» وهذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب لأنه بما حجر عليه لحفظ ماله وليس فيها إضاعة لماله لأنه إن عاش كان ماله له وإن مات فله ثوابه. والثاني لا تصح حكاه أبو الخطاب وذكر المجد في شرحه أنه المنصوص لأنه محجور عليه في تصرفاته قال في الإنصاف وهذا ضعيف. المبدع(٥/٢٢٩)، الإنصاف(٧/١٧٤).

(تنبيه) محل الخلاف فيما إذا أوصى بمال أما وصيته على أولاده فلا تصح قولا واحدا لأنه لا يملك التصرف بنفسه فوصيه أحق وأولى قاله في المطلع. انظر/ الإنصاف(٧/١٧٤).

(٤) انظر/ القاموس المحيط للفيروزآبادي (٤/٤٠٠)، لسان العرب(٦/٤٨٥٣-٤٨٥٤) [وصى].

العشر[1] ولا تصح ممن له دون السبع[2] وفيما بينهما روايتان[3]، ولا تصح وصية الأخرس من غير عاقل كالطفل والمجنون والمبرسم[4] وفي السكران وجهان، وتصح وصية الأخرس بالإشارة، ولا تصح وصية ممن اعتقل لسانه بها[5] ....

«ومن **السفيه**» في أصح الوجهين تصح وصية السفيه بالمال، فأما على الأولاد، فلا تصح قولا واحدا، لأنه لا يملك التصرف بنفسه، فوصيته أحق وأولى.

«**من اعتقل لسانه**» اعتقل: بفتح التاء مبنيا للفاعل: امتسك، عن ابن سيدة، وحكي: اعتقله: حبسه، فيجوز ضم التاء مبنيا للمفعول.

---

(١) قوله: «ومن الصبي إلخ» هذا الصحيح من المذهب نص عليه في رواية الجماعة وعليه الأصحاب لما روى سعيد أن صبيا من غسان له عشر سنين أوصى لأخوال له فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب رضى الله عنه فأجاز وصيته وروى مالك في موطئه بإسناده عنه نحوه وانتشر ولم ينكر ولأنه لا يلحقه ضرر في عاجل دنياه ولا أخراه بخلاف الهبة والعتق المنجز فإنه تفويت لماله. المبدع(٥/٢٢٩)، الإنصاف(٧/١٧٤-١٧٥).

(٢) قوله: «ولا تصح إلخ» قال أبو بكر لا يختلف المذهب فيه. المبدع(٥/٢٢٩).

(٣) قوله: «وفيما بينهما روايتان» أى بين السبع والعشر روايتان، المذهب أنها تصح لأنه عاقل يصح إسلامه ويؤمر بالصلاة لكن قال الحارثي لم أجد هذه الرواية منصوصة عن أحمد ومن الأصحاب كالقاضي وأبي الخطاب وهو ظاهر نقل الميموني أنه لا يقيد بسن بل إذا عقل تصح منه وعلم منه أنه إذا جاوز العشر قبل البلوغ أنها تصح في المنصوص وعنه إذا بلغ ثنتي عشرة سنة وهى قول إسحاق وفيه وجه أنها لا تصح حتى يبلغ وبه قال الحسن ومجاهد وأصحاب الرأي وهذا في الصبي، وأما الجارية فقد نص في رواية حنبل أنها بلغت تسع سنين. الشرح الكبير (٣/٥١٥).

(٤) قوله: «ولا تصح من غير عاقل إلخ» أما الطفل ومن له دون سبع سنين والمجنون والمبرسم فلا وصية لهم في قول الأكثرين منهم حميد بن عبد الرحمن ومالك والأوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي ومن تبعهم. المبدع(٥/٢٣٠).

على قوله: «وفي السكران وجهان» أحدهما لا تصح وهو المذهب. انظر/ الإنصاف(٧/١٧٦).

(٥) قوله: «ممن اعتقل لسانه» هذا المذهب نص عليه وبه قال الثوري والأوزاعي. الشرح الكبير (٣/٥١٧).

ويحتمل أن تصح[١]. وإن وجدت وصيته بخطه صحت[٢]، ويحتمل أن لا تصح حتى يشهد عليها[٣].

فصل

والوصية مستحبة لمن ترك خيرا[٤]وهو المال ....

---

(١) قوله: «ويحتمل أن تصح» يعني إذا اتصل بالموت وفهمت إشارته واختاره في الفائق قال في الإنصاف وهو الصواب وهو قول الشافعي وابن المنذر قال الحارثي وهو الأولى واستدل له بحديث رض اليهودي رأس الجارية وإيمائها. الشرح الكبير (٣/ ٥١٧)، الإنصاف(٧/١٧٦).

(٢) قوله: «وإن وجدت وصيته بخطه صحت» أى بخطه الثابت بإقرار وارثه أو بينة وهذا المذهب مطلقا نص عليه في رواية إسحاق بن إبراهيم وفيه عرف خطه وكان مشهور الخط يقبل ما فيها لقوله عليه الصلاة والسلام «ما حق امرئ» (الخبر)فلم يذكر شهادة. المبدع(٥/٢٣١).

(٣) قوله: «ويحتمل إلخ» هذا رواية عن أحمد، وهي قول الحسن وأبي قلابة والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي، لأن الحكم لا يجوز برؤيته خط الشاهد بالشهادة فكذا هنا. الشرح الكبير (٣/٥١٧).

[فائدتان] إذا كتبها وختمها وأشهد عليه بما فيها لم يصح على المذهب لأن الشاهد لا يعلم ما فيها فلم يجز أن يشهد عليه ككتاب القاضي إلى القاضي وقيل: يصح اختاره المصنف والشارح وصاحب الفائق وبه قال عبد الملك بن يعلى ومكحول ونمير بن إبراهيم ومالك والليث والأوزاعي ومحمد بن مسلمة وأبو عبيد وإسحاق وروي عن سالم بن عبد الله وقتادة وسوار ومعاذ بن معاذ العنبريين وهو مذهب فقهاء أهل البصرة وقضاتهم واحتج أبو عبيد بكتب رسول الله ﷺ إلى عماله وأمرائه في أمر ولايته وأحكامه وسنته ثم عمل به الخلفاء إلى عمالهم بالأحكام التى فيها الدماء والفروج والأموال مختومة لا يعلم حاملها ما فيها وأمضوها على وجهها وهذا أولى من المنع لظهور دليله. الإنصاف(٧/١٧٨)، الشرح الكبير (٣/٥١٧).

(الثانية) إذا ثبتت الوصية بشهادة أو إقرار الورثة به فإنه يثبت حكمه ويعمل به ما لم يعلم رجوعه عنه وإن تطاولت مدته وتغيرت أحوال الموصي مثل أن يوصي في مرض فيبرأ منه ثم يموت بعد أو يقتل لأن الأصل بقاؤه فلا يزول حكمه بمجرد الاحتمال والشك كسائر الأحكام. انظر/ الشرح الكبير (٣/٥١٧-٥١٨).

(٤) قوله: «والوصية مستحبة إلخ» هذا المذهب لقوله تعالى ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ ﴾ الآية، نسخ الوجوب وهو المنع من الترك بقي الرجحان وهو الاستحباب يؤيده ما روى ابن ماجه عن ابن عمر رضى الله عنهما مرفوعا «يقول =

الكثير[1] بخمس ماله، ويكره لغيره إن كان له ورثة، فأما من لا وارث له فتجوز وصيته بجميع ماله[2]، وعنه لا يجوز إلا الثلث. ولا تجوز لمن له وارث بزيادة

= الله تعالى يا ابن آدم جعلت لك نصيبا من مالك حين أخذت بكظمك لأطهرك وأزكيك» لكنها تجب على من عليه دين أو واجب غيره فأما الوصية ببعض ماله فليست واجبة عند الجمهور، قال ابن عبد البر أجمعوا على أن الوصية غير واجبة إلا من عليه حق بغير بينة أو أمانة بغير إشهاد إلا طائفة شذت فأوجبتها. وعنه تجب لكل قريب غير وارث وهذا قول أبي بكر وبه قال داود وحكي ذلك عن مسروق وطاوس وإياس وقتادة وابن حرب واحتجوا بالآية وقالوا: نسخت الوصية للوالدين والأقربين الوارثين وبقيت فيمن لا يرث من الأقربين. ولنا أن أكثر أصحاب رسول الله ﷺ لم يوصوا ولم ينقل لذلك نكير ولو كانت واجبة لم يخلوا بذلك فأما الآية فقال ابن عباس رضى الله عنهما نسخها قوله ﴿ لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ ﴾ الآية وقال ابن عمر رضى الله عنهما نَسختها آية الميراث . المبدع(٥/ ٢٣٢)، الشرح الكبير (٣/٥١٩).

(١) قوله: «وهو المال الكثير» يعني في عرف الناس على الصحيح من المذهب لكن اختلف في مقداره، فعن أحمد إذا ترك دون الألف لا تستحب له الوصية فعلم منه أنه إذا ترك ألف درهم فصاعدا أنها تسن، وعن علي رضى الله عنه أربعمائة دينار وفي المغني والشرح متى كان المتروك لا يفضل عن غني الورثة لم تستحب الوصية لما علل به النبي ﷺ بقوله: «أن تترك ورثتك أغنياء. إلخ» فعليه يختلف الحال باختلاف الورثة في كثرتهم وقلتهم وغناهم وحاجتهم. المبدع(٥/٢٣٢).

على قوله: «بخمس ماله» روي عن أبي بكر وعلى رضى الله عنهما وهو ظاهر قول السلف لقوله عليه الصلاة والسلام «والثلث كثير» وقال ابن عباس رضى الله عنهما لو أن الناس غضوا من الثلث فإن النبي ﷺ قال «الثلث كثير» متفق عليه وأوصى أبو بكر –رضى الله عنه وأرضاه– بالخمس وقال رضيت بما رضى الله به لنفسه. انظر/ المبدع(٥/٢٣٣).

على قوله: «فأما من لا وارث له» أي لفرض أو عصبة أو رحم.

(٢) قوله: «فأما من لا وارث له إلخ» اختلفت الرواية عن الإمام أحمد رحمه الله تعالى فيمن لم يخلف عصبة ولا ذا فرض فعنه أن وصيته جائزة بكل ماله وهذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب، وثبت ذلك عن ابن مسعود رضى الله عنه وبه قال عبيدة السلماني وإسحاق وأهل العراق. والثانية: لا يجوز إلا الثلث وبه قال مالك والأوزاعي وابن شبرمة والشافعي والعنبري لأن له من يعقل عنه فلم تنفذ وصيته في أكثر من الثلث. ولنا أن المنع من الزيادة إنما كان لتعلق حق الورثة به بدليل قوله ﷺ أنك إن تدع ورثتك أغنياء» الخبر. فعلى المذهب لو مات وترك زوجا أو زوجة لا =

على الثلث لأجنبي ولا لوارث بشيء إلا بإجازة الورثة إلا أن يوصي لكل وارث بمعين بقدر ميراثه فهل يصح؟ على وجهين[1]. وإن لم يف الثلث بالوصايا تحاصوا فيه وأدخل النقص على واحد بقدر وصيته[2]، وعنه يقدم العتق. وإن

= غير وأوصى بجميع ماله ورد بطلت في قدر فرضه من الثلثين فيأخذ الموصى له الثلث ثم يأخذ أحد الزوجين فرضه من الباقي وهو الثلثان فيأخذ الربع إن كانت زوجة والنصف إن كان زوجا ثم يأخذ الموصى له الباقي من الثلثين وهذا الصحيح من المذهب، وقيل لا يأخذ الموصى له مع أحد الزوجين سوى الثلث وقدمه في الشرح والفائق، قلت: وهو ظاهر كلام المصنف وغيره حيث قالوا ولا يجوز لمن له وارث بزيادة على الثلث لأن الوصية تنقص حقه لأنه إنما يستحق فرضه بعد الوصية لقوله تعالى ﴿ مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ ﴾ انظر الشرح الكبير (٣/٥٢٠)

[فائدة] لو أوصي أحد الزوجين للآخر بماله كله وليس للموصي وارث غيره أخذ الموصى المال كله إرثا ووصية على الصحيح من المذهب وقيل لا يصح هذا على الرواية الأولى وعلى الثانية له الثلث بالوصية ثم فرضه من الباقي والبقية لبيت المال. الإنصاف(٧/١٨١).

(فرع) إذا خلف ذا فرض لا يرث المال كله بفرضه، وقال: أوصيت لفلان بثلثي على أنه لا ينقص ذا الفرض شيئاً من فرضه صح؛ لأن ذا الفرض يرث المال كله لولا الوصية فلا فرق في الوصية بين أن يجعلها من رأس المال أو يجعلها من الزائد على الفرض. انظر/ الإنصاف(٧/١٨٢).

على قوله: «ولا تجوز لمن له وارث بزيادة على الثلث لأجنبي» هذا المذهب لقوله عليه الصلاة والسلام لسعد حين قال أوصي بمالي كله، قال: لا، قال: فالشطر، قال: لا، قال: فالثلث قال «الثلث والثلث كثير إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس» متفق عليه. المبدع(٥/٢٣٤).

على قوله: «ولا لوارثه بشيء» مطلقا سواء وجدت في صحة الموصى أو مرضه لقوله عليه الصلاة والسلام «إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث» رواه الخمسة إلا النسائي. المبدع(٥/٢٣٥).

على قوله: «إلا بإجازة الورثة» هذا الصحيح من المذهب لقوله عليه الصلاة والسلام«لا وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة» وعنه عليه الصلاة والسلام «لا وصية لوارث إلا أن يجيز الورثة» رواهما الدارقطني. المبدع(٥/٢٣٤-٢٣٥).

(١) قوله: «إلا أن يوصي إلخ» الصحيح من المذهب الصحة ولو لم يجز الورثة كرجل خلف ابنا وبنتا وخلف عبدا قيمته مائة وأمة قيمتها خمسون فوصى له به ولها بها لأن حق الوارث في القدر لا في العين. المبدع(٥/٢٣٥).

(٢) قوله: «وإن لم يف الثلث إلخ» أي ولم يجز الورثة، وهذا الصحيح من المذهب ولو =

أجاز الورثة الوصية جازت وإجازتهم تنفيذ في الصحيح من المذهب لا تفتقر إلى شروط الهبة ولا تثبت أحكامها فيها، فلو كان المجيز أبا للمجاز له لم يكن له الرجوع فيه، ولو كان المجاز عتقا كان الولاء للموصي يختص به عصبته، ولو كان وقفا على المجيزين صح، وعنه ما يدل على أن الإجازة هبة فتنعكس هذه الأحكام، ومن أوصى له وهو في الظاهر وارث فصار عند الموت غير وارث صحت الوصية له(١)، وإن أوصى له وهو غير وارث فصار وارثا بطلت لأن

= كان عتقا وبه قال ابن سيرين والشعبي وأبو ثور لأنهم تساووا في الأصل وتفاوتوا في المقدار فوجب أن يكون كذلك. والثانية: يقدم العتق وما فضل منه يقسم بين سائر الوصايا روي ذلك عن عمر رضى الله عنه وبه قال شريح ومسروق وعطاء وقتادة والزهري ومالك والثوري وإسحاق لأن فيه حقا لله تعالى وللآدمي فكان آكد ولأنه لا يلحقه فسخ ولأنه أقوى بدليل سرايته ونفوذه وروي عن الحسن والشافعي كالروايتين. انظر/ الشرح الكبير (٣/٥٢٣-٥٢٤).

[فائدة] إذا أوصى بإعتاق عبده لزم الوارث ويجبره الحاكم إن أبى. المبدع (٥/٢٣٦).

(١) قوله: «ومن أوصى له وهو في الظاهر وارث إلخ» لا نعلم خلافا بين أهل العلم في أن اعتبار الوصية بالموت فلو وصى لثلاثة إخوة له مفترقين ولا ولد له ومات ولم يولد له لم تصح الوصية لغير الأخ من الأب إلا بإجازة الورثة فإن ولد له ابن صحت الوصية للجميع من غير إجازة إذا لم تتجاوز الثلث وإن ولد له بنت جازت الوصية لغير الأخ من الأبوين فيكون لهما ثلثا الموصى به بينهما لأن الأخ من الأبوين وارث وبهذا يقول الشافعي وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم. انظر/ الشرح الكبير (٣/٥٢٥).

على قوله: «ولا تصح إجازتهم وردهم إلا بعد موت الموصى» فلو أجازوا قبل ذلك أو ردوا أو أذنوا لمورثهم في صحته أو مرضه بالوصية بجميع ماله أو لبعض الورثة فلهم الرد بعد موته ولا عبرة بما صدر منهم قبل ذلك، هذا المذهب نص عليه وروي عن ابن مسعود رضى الله عنه وهو قول شريح وطاوس والحكم والثوري والحسن بن صالح والشافعي وأبي ثور وابن المنذر وأبي حنيفة وأصحابه لأنهم أسقطوا حقوقهم فيما لم يملكوه فلم يلزمهم وقال الحسن وعطاء وحماد بن أبي سليمان والزهري وربيعة والأوزاعي وابن أبي ليلى ذلك جائز عليهم لأن الحق لهم فإذا رضوا بتركه سقط، وقال مالك: إن كان ذلك في صحته فلهم أن يرجعوا وإن كان في مرضه فذلك جائز عليهم واختاره صاحب الرعاية والشيخ تقي الدين. الشرح الكبير (٣/ ٥٢٥).

على قوله: «ومن أجاز الوصية» بزيادة على الثلث، أي وكانت جزءاً مشاعا من =

اعتبار الوصية بالموت، ولا تصح إجازتهم وردهم إلا بعد موت الموصي وما قبل ذلك لا عبرة به، ومن أجاز الوصية ثم قال إنما أجزت لأنني ظننت المال قليلاً فالقول قوله مع يمينه، وله الرجوع بما زاد على ما ظنه(١) في أظهر الوجهين(٢) إلا أن يقوم عليه ببينة(٣)، وإن كان المجاز عينا فقال ظننت باقي المال كثيرا لم يقبل قوله(٤) في أظهر الوجهين. ولا يثبت الملك للموصى له إلا بالقبول بعد الموت، فأما قبوله ورده قبل الموت فلا عبرة به، فإن مات الموصي له قبل موت الموصي بطلت الوصية(٥)، وإن ردها بعد موته بطلت أيضاً، وإن مات بعده وقبل الرد والقبول قام وارثه مقامه(٦) ذكره الخرقي، وقال القاضي: تبطل الوصية على

= التركة كنصفها. المبدع(٥/٢٣٩).

(١) قوله: «وله الرجوع بما زاد على إلخ» أي: فإذا أوصى بنصف ماله فأجازه الوارث وكان المال ستة آلاف فقال ظننته ثلاثة آلاف فله الرجوع بخمسمائة لأنه رضى بإجازة الوصية على أن الزائد على الثلث خمسمائة وكانت ألفا فيرجع بخمسمائة فيحصل للموصي له ألفان وخمسمائة. المبدع(٥/٢٣٩).

(٢) على قوله: «أظهر الوجهين» وهو المذهب. الإنصاف(٧/١٩٠).

(٣) على قوله: «إلا أن يقوم عليه ببينة» أو يكون المال ظاهرا لا يخفى. انظر/ المبدع(٥/ ٢٣٩-٢٤٠).

(٤) قوله: «وإن كان المجاز عينا إلخ» أى كعبد وفرس وكذا لو كان مبلغا معلوما مقدرا كمائة درهم أو عشرة دنانير لم يقبل قوله وهذا المذهب لأن المجاز معلوم لا جهالة فيه، والثاني يقبل قال الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى: لو قال ظننت ألفا قيمته فبان أكثر قبل قوله وليس نقضا للحكم بصحة الإجازة ببينة أو إقرار قال وإن أجاز وقال أردت أصل الوصية قبل. المبدع(٥/٢٤٠).

على قوله: «ولا يثبت الملك للموصى له إلا بالقبول» إلا إن كان الموصي له واحدا كزيد أوجمعا محصورا كأولاد عمرو هذا قول جمهور الفقهاء قال أحمد رحمه الله تعالى الهبة والوصية واحد فإن كانت لغير معين كالفقراء والمساكين أو من لا يمكن حصرهم كبني تميم أو على مصلحة كمسجد وحج لم يفتقر إلى قبول ولزمت بمجرد الموت. المبدع(٥/٢٤٠، الإنصاف(٧/١٩١).

(٥) قوله: «وإن مات إلخ» هذا المذهب وهو قول أكثر أهل العلم، روي عن علي رضى الله عنه وبه قال الزهري وحماد بن أبي سليمان وربيعة ومالك والشافعي وأصحاب الرأي وقال الحسن يكون لولد الموصي له. الشرح الكبير (٣/٥٢٦).

(٦) قوله: «وإن مات بعده إلخ» هذا المذهب لأنه حق ثبت للموروث فينتقل إلى الورثة =

قياس قوله[1] وإن قبلها بعد الموت ثبت الملك حين القبول في الصحيح[2]، فما حدث قبله من نماء منفصل فهو للورثة، وإن كان متصلا تبعها، وإن كانت الوصية بأمة فوطئها الوارث قبل القبول وأولدها صارت أم ولد له ولا مهر عليه وولده حر لا تلزمه قيمته وعليه قيمتها للموصى له، وإن وصى له بزوجته فأولدها قبل القبول لم تصر أم ولد له وولده رقيق، ومن أوصى له بأبيه فمات قبل القبول فقبل ابنه عتق الموصى به حينئذ ولم يرث شيئاً، ويحتمل أن يثبت

= بعد موته لقوله عليه الصلاة والسلام «من ترك حقا فلورثته» وكخيار العيب ثم إن كان الوارث جماعة اعتبر القبول والرد من جميعهم وإن رد بعض وقبل بعض ترتب على كل حكمه. المبدع(٥/٢٤٢).

(١) قوله: «وقال القاضي إلخ» وهو رواية لأنها تفتقر إلى القبول فإذا مات قبله بطلت كالهبة، وقال أصحاب الرأي: تلزم الوصية في حق الوارث وتدخل للموصى له فإذا مات بطل خياره ودخل في ملكه. المبدع(٥/٢٤٢).

(٢) قوله: «وإن قبلها بعد الموت إلخ» هذا الصحيح من المذهب، وهو قول مالك وأهل العراق لأنها تمليك عين لمعين يفتقر إلى القبول فلم يسبق الملك القبول كسائر العقود، وفيه وجه آخر ذكره أبو الخطاب وقدمه في الرعاية أنه إذا قبل تبينا أن الملك ثبت حين موت الموصي وهو ظاهر مذهب الشافعي لأن ما وجب انتقاله بالقبول وجب انتقاله من جهة الموجب ولأنه لا يجوز أن يثبت الملك فيه للوارث فعلى الأول يكون قبل القبول للورثة على الصحيح من المذهب وقيل يكون على ملك الميت، وقال في القواعد وأكثر الأصحاب قالوا يكون للموصى له وهو قول أبي بكر والخرقي ومنصوص أحمد. انتهى. انظر/ الشرح الكبير (٣/٥٢٨).

[فائدة] تصح الوصية مطلقة ومقيدة، فالمطلقة أن يقول: إن مت فثلثي للمساكين أو لزيد، والمقيدة أن يقول: إن مت من مرضى هذا أو في هذه البلدة أو في سفري هذا فثلثي للمساكين، فبرأ من مرضه أو قدم من سفره أو خرج من البلدة ثم مات بطلت الوصية المقيدة دون المطلق نص عليه، وبه قال الحسن والثوري والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي. وقال مالك إن قال قولا ولم يكتب كتابا فهو كذلك وإن كتب كتابا ثم صح من مرضه وأقر الكتاب فوصيته بحالها ما لم ينقضها. الشرح الكبير (٣/٥٣٠).

على قوله: «من نماء منفصل» كالولد والثمرة. المبدع(٥/٢٤٣).

على قوله: «فهو للورثة» لأنه ملكهم فعلى هذا يزكونه. المبدع(٥/٢٤٣).

على قوله: «فوطئها الوارث قبل القبول» أى قبول الموصى له. المبدع(٥/٢٤٣).

على قوله: «صارت أم ولد له» لأنه وطئ مملوكته. المبدع(٥/٢٤٣). =

الملك من حين الموت فتنعكس هذه الأحكام.

فصل

ويجوز الرجوع في الوصية[1]، فإذا قال قد رجعت في وصيتي أو أبطلتها ونحو ذلك بطلت، وإن قال في الموصى به هذا لورثتي أو ما أوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعا، وإن وصى به لآخر ولم يقبل ذلك فهو بينهما[2] وإن باعه أو وهبه أو رهنه كان رجوعا[3]، وإن كاتبه أو دبره أو جحد الوصية فعلى

= على قوله: ((وولده حر)) لأنه وطئها في ملكه. المبدع(٥/٢٤٣).

على قوله: ((لم تصر أم ولد له)) لأنها لم تصر ملكا له بعد. المبدع(٥/٢٤٣).

على قوله: ((وولده رقيق)) لأنه وطئ في ملك غيره. المبدع(٥/٢٤٤).

على قوله: ((فمات)) الموصى له. المبدع(٥/٢٤٤).

على قوله: ((عتق الموصى به)) وهو الجد. المبدع(٥/٢٤٤).

على قوله: ((حينئذ)) أى حين القبول. المبدع(٥/٢٤٤).

على قوله: ((ولم يرث شيئاً)) لأنه لم يعتق في حياته. المبدع(٥/٢٤٤).

(١) قوله: ((يجوز الرجوع في الوصية)) اتفق أهل العلم على أن للموصي أن يرجع في كل ما أوصى به وفي بعضه إلا الوصية بالإعتاق فقد اختلف فيها، فالأكثرون على جواز الرجوع فيها روي ذلك عن عمر رضى الله عنه أنه قال يغير الرجل ما شاء من وصيته، وبه قال عطاء وجابر بن زيد والزهري وقتادة ومالك والشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور وقال الشعبي وابن سيرين وابن شبرمة والنخعي: يغير ما شاء إلا العتق لأنه إعتاق بعد الموت فلم يملك تغييره كالتدبير. الشرح الكبير (٣/٥٣١).

على قوله: ((كان رجوعا)) بلا خلاف تعلمه. المبدع(٥/٢٤٥).

(٢) قوله: ((وإن وصى به إلخ)) وليس ذلك رجوعا في الوصية الأولى وبه قال ربيعة ومالك والثوري والشافعي وإسحاق وابن المنذر وأصحاب الرأي، وقال جابر بن زيد والحسن وعطاء وطاوس وداود: وصيته للآخر فيهما لأنه وصى للثاني بما وصى به للأول فكان رجوعا ولنا أنه وصى بها لهما فاستويا فيها، فعلى المذهب أيهما مات أو رد قبل موت الموصي كان للآخر قاله الأصحاب فهو اشتراك تزاحم. انظر/ الشرح الكبير (٣/٥٣١)

(٣) قوله: ((وإن باعه إلخ)) هذا المذهب وكذا لو تصدق به أو أكله أو أطعمه أو أتلفه أو كان ثوبا ففصله ولبسه أو جارية فأحبلها. وذكره ابن المنذر إجماع من يحفظ عنه. المبدع (٥/٢٤٦).

[فائدتان] لو أوجبه في البيع أو الهبة فلم يقبل فيهما أو عرضه لبيع أو رهن أو وصى ببيعه أو عتقه أو هبته كان رجوعا على الصحيح من المذهب. الإنصاف(٧/٢٠٠). =

وجهين[1] ، وإن خلطه بغيره على وجه لا يتميز منه أو أزال اسمه فطحن الحنطة أو خبز الدقيق أو جعل الخبز فتيتا أو نسج الغزل أو نجر الخشبة بابا ونحوه أو انهدمت الدار وزال اسمها فقال القاضي هو رجوع، وذكر أبو الخطاب فيه وجهين[2]. وإن وصى له بقفيز من صبرة ثم خلط الصبرة بأخرى لم يكن رجوعا. وإن زاد في الدار عمارة أو انهدم بعضها فهل يستحقه الموصى له؟ على وجهين[3]. وإن وصى لرجل ثم قال: إن قدم فلان فهو له فقدم في حياة الموصي

= (الثانية) لو وصى بثلث ماله ثم باع أو وهبه لم يكن رجوعا لأن الموصى به لا ينحصر فيما هو حاضر بل فيما عند الموت فيعايا بها. الإنصاف(٧/٢٠٠).

(١) قوله: « وإن كاتبه إلخ» إذا كاتبه أو دبره فالصحيح من المذهب أنه رجوع لأن الكتابة والتدبير أقوى من الوصية لأنه يتنجز بالموت ويسبق أخذ الموصي له وأما إذا جحدها فالمذهب أنه ليس برجوع. المبدع(٥/٢٤٦).

(٢) قوله: «وإن خلطه بغيره إلخ» اعلم أنه إذا خلطه بغيره على وجه لا يتميز أو زال اسمه فطحن الحنطة إلخ وكذا لو أزال اسمه بنفسه كانهدام الدار أو بعضها فقال القاضي هو رجوع وهو المذهب وبه قال الشافعي. وأما إذا عمل الخبز فتيتا إلخ وكذا لو عمل الثوب قميصا أو ضرب النقرة دراهم أو ذبح الشاة أو بنى أو غرس فالصحيح أنه رجوع أيضاً وبه قال أصحاب الرأي والشافعي في ظاهر مذهبه. الشرح الكبير (٣/ ٥٣٣).

على قوله: «فقال القاضي هو رجوع» لأنه أزال اسمه وأخرجه عن دخوله في الاسم الدال على الموصى به. المبدع(٥/٢٤٦).

على قوله: «لم يكن رجوعا» لأنه كان مشاعاً وبقي على إشاعته وسواء خلطها بمثلها أو دونها أو خير منها. المبدع(٥/٢٤٧).

(٣) قوله: «وإن زاد في الدار عمارة إلخ» إذا زاد الموصي في الدار عمارة لم يستحق الموصى له العمارة وتكون العمارة للوارث لأن الزيادة لم توجد حين العقد فلم تدخل في الوصية. وأما المنهدم المنفصل من الدار قبل قبول الوصية فإنه يكون للموصى له عند قبول الوصية لأن الأنقاض منها. المبدع(٥/٢٤٧).

[فائدة] إذا أوصى له بدار دخل فيها ما يدخل في البيع. الإنصاف(٧/٢٠٥).

[فائدة] إذا علق الوصية على صفة بعد موته فإن كان يرتقب وقوعها كقوله أوصيت له بكذا إذا مر شهر بعد موتي أو قال وصيت لفلانة بكذا إذا وضعت بعد موتي صح التعليق لقوله عليه الصلاة والسلام «المسلمون على شروطهم» وثبت عن غير واحد من الصحابة رضى الله عنهم تعليقها. فإن كانت الصفة لا يرتقب وقوعها بعد الموت ففي التعليق عليها نظر والأولى عدم جوازه لما فيه من إضرار الورثة بطول الانتظار =

فهو له[1]، وإن قدم بعد موته فهو للأول في أحد الوجهين[2] وفي الآخر هو للقادم.

فصل

وتخرج الواجبات من رأس المال أوصى بها أو لم يوص[3]، فإن وصى معها بتبرع اعتبر الثلث من الباقي، وإن قال أخرجوا الواجب من ثلثي فقال القاضي يبدأ به[4]، فإن فضل من الثلث شيء فهو لصاحب التبرع وإلا بطلت وصيته، وقال أبو الخطاب: يزاحم به أصحاب الوصايا، فيحتمل على هذا أن يقسم الثلث

«**تزاحم**» أصل المزاحمة: المضايقة، وهي هنا كذلك، لأنه يضيق على أصحاب الوصايا بتنقيص أنصابهم.

= لا إلى أمد يعلم [بياض بالأصل] يستقر الضمان على الورثة بمجرد موت مورثهم على الصحيح من المذهب، قال الإمام أحمد في رواية ابن منصور في رجل ترك مائتي دينار وعبدا قيمته مائة وأوصى لرجل بالعبد فسرقت الدنانير بعد موت الرجل وجب العبد للموصي له وذهبت دنانير الورثة.

(١) على قوله: «فهو له» لأنه جعل له بشرط قدومه وقد وجد وسواء عاد إلى الغيبة أو لم يعد وهذا المذهب. المبدع(٥/٢٤٨).

(٢) على قوله: «في أحد الوجهين» وهو المذهب لأنه لما مات قبل قدومه انتقل إلى الأول لعدم الشرط. المبدع(٥/٢٤٨).

(٣) قوله: «وتخرج الواجبات إلخ» أي كقضاء الدين والزكاة والحج وهذا الصحيح من المذهب لقوله تعالى: ﴿ مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾ ولقول علي «قضى رسول الله ﷺ بالدين قبل الوصية» رواه الترمذي وقد حكى القرطبي الإجماع على تقديم الدين على الوصية إلا ما حكي عن أبي ثور أنه قدمها عليه حكاه العبدرى، نقل ابن إبراهيم في حج لم يوص به وزكاة وكفارة من الثلث. المبدع(٥/٢٤٨).

[فائدتان] إذا لم يف ماله بالواجب الذي عليه تحاصوا على الصحيح من المذهب مطلقا وعليه أكثر الأصحاب ونص عليه وعنه تقدم الزكاة على الحج ونقل عبد الله يبدأ بالدين. الإنصاف(٧/٢٠٦).

(الثانية) المخرج لذلك وصية ثم وارثه ثم الحاكم على الصحيح من المذهب نص عليه فإن أخرجه من لا ولاية له من ماله بإذن أجزأ وإلا فوجهان قال في الإنصاف: والصواب الإجزاء. الإنصاف(٧/٢٠٧).

(٤) قوله: «وإن قال أخرجوا الواجب من ثلثي إلخ» المذهب ما قاله القاضي لأن الدين تجب البداءة به قبل الميراث والتبرع فإذا عينه في الثلث وجب البداءة به وما فضل للتبرع فإن لم يفضل شيء سقط لأنه لم يوص له بشيء إلا أن يجيز الورثة فيعطي ما أوصى له به. المبدع(٥/٢٤٩).

بينهما أو يتمم الواجب من رأس المال فيدخله الدور، فلو كان المال ثلاثين والواجب عشرة والوصية عشرة جعلت تتمة الواجب شيئا يكن الثلث عشرة إلا ثلث شيء بينهما للواجب خمسة إلا سدس شيء يضم إليه شيئا يكن عشرة فتجبر الخمسة بسدس بشيء من الشيء يبقى خمسة أسداس شيء يعدل خمسة فالشيء ستة ويحصل للوصي الآخر أربعة.

باب الموصى له

تصح الوصية لكل من يصح تمليكه من مسلم وذمي[1]، ومرتد وحربي[2] وقال

«**فيدخله الدور**» الهاء عائدة على الزحام الدال عليه «يزاحم» أو على العمل المذكور من قسم الثلث بينهما، وتتميم الواجب. والدور: مصدر دار، يدور، دورا، ودورانا: إذا طاف الشيء بالشيء، من جميع جهاته، والمراد بالدور هنا: توقف معرفة كل واحد من مقدار الثلث، وما يستحق بالمزاحمة على الآخر. والدور في غير هذه الصورة على نحو ذلك.

«**تتمة الواجب**» التتمة تفعلة من: تم الشيء يتم تماما، وتممه غيره تتميما، والتتمة: المراد بها ما يتم به الشيء. والله أعلم.

باب الموصى له

الموصى له: اسم مفعول من أوصيت له بكذا، أي: ملكته إياه بعد الموت.

---

(١) قوله: «من مسلم وذمي» أما صحة الوصية للمسلم والذمي فلا نعلم فيه خلافا لقوله تعالى: ﴿ إِلَّآ أَن تَفۡعَلُوٓاْ إِلَىٰٓ أَوۡلِيَآئِكُم مَّعۡرُوفٗا ﴾ قال محمد بن الحنفية: هو وصية المسلم لليهودي والنصراني وعلم منه صحتها من الذمي للمسلم من باب أولى؛ لكن إذا كان معينا أما غير المعين كاليهود والنصارى ونحوهم فلا يصح. المبدع(٥/٢٥١).

(٢) قوله: «وكذلك الحربي» ونص عليه ولو في دار الحرب وبه قال مالك وأكثر أصحاب الشافعي وقال بعضهم: لا تصح وهو قول أبي حنيفة لقوله تعالى: ﴿ إِنَّمَا يَنۡهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ قَٰتَلُوكُمۡ فِي ٱلدِّينِ ﴾ الآية حجة. ولنا أنه ﷺ أعطى عمر رضى الله عنه حلة حرير فقال يا رسول الله كسوتنيها وقد قلت في حلة عطارد ما قلت؟ فقال إني لم أعطكها لتلبسها فكساها عمر رضى الله عنه أخا له مشركا بمكة ولحديث أسماء بنت أبي بكر رضى الله عنهما. والآية لنا فيمن لم يقاتل فأما المقاتل فإنما نهى عن توليه لا عن بره والوصية له، وإن احتج بالمفهوم فهو لا يراه حجة، ثم قد حصل الإجماع على صحة الهبة للحربي والوصية في معناها. الشرح الكبير (٣/٥٣٦).

ابن أبي موسى: لا تصح لمرتد[1] وتصح لمكاتبه ومدبره[2] وأم ولده[3] وتصح لعبد غيره[4] فإذا قبلها فهي لسيده وتصح لعبده بمشاع كثلثه[5] فإذا وصى له بثلثه عتق[6] وأخذ فاضل الثلث وإن لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث[7].

---

(١) قوله: ((والمرتد)) هذا الصحيح من المذهب. الإنصاف(٧/٢٠٨).

[فائدة] لا تصح لكافر بمصحف ولا بعبد مسلم. الإنصاف(٧/٢٠٩).

(٢) قوله: ((وتصح لمكاتبه ومدبره)) هذا الصحيح من المذهب لأن المكاتب مع الموصي كالأجنبي في المعاملات ويملك المال بالعقد وتصح لمكاتب وارثه ومكاتب أجنبي والمدبر يصير حرا حين لزوم الوصية. المبدع(٥/٢٥٢).

[فائدة] لو ضاق الثلث عن المدبر وعن وصيته بدأ بنفسه فيقدم عتقه على وصيته على الصحيح من المذهب.

(٣) قوله: ((وأم ولده)) بلا نزاع لما روى سعيد أن عمر رضى الله عنه وصى لأمهات أولاده لكل واحدة بأربعة آلاف وروي عن عمران بن حصين رضى الله عنهما وغيره من التابعين وغيرهم وبه قال ميمون بن مهران والزهري ويحيى الأنصارى ومالك والشافعي وإسحاق لأنها حرة حين لزوم الوصية. الشرح الكبير (٣/٥٣٨).

(٤) قوله: ((وتصح لعبد غيره إلخ)) هذا المذهب وهذا قول أهل العراق والشافعي وإن وصى لعبد وارثه فهي كالوصية لوارثه تقف على إجازة الورثة وبه قال الشافعي وأبو حنيفة. انظر/ الشرح الكبير(٣/٥٣٨).

(٥) قوله: ((وتصح لعبده إلخ)) هذا المذهب فإن خرج العبد من الوصية عتق واستحق باقيه وإن لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث وبهذا قال الحسن وابن سيرين وأبو حنيفة إلا أنهم قالوا إن لم يخرج من الثلث سعى في قيمة باقيه، وقال الشافعي: الوصية باطلة لأنه أوصى بمال يصير للورثة فلم يصح كما لو وصى له بمعين. ولنا أن الجزء الشائع يتناول نفسه أو بعضها لأنه من جملة الثلث الشائع والوصية له بنفسه تصح ويعتق وما فضل استحقه لأنه يصير حرا فيملك الوصية فكأنه قال أعتقوا عبدي من ثلثي وأعطوه ما فضل منه. وفارق ما إذا أوصى له بمعين فإنه لا يتناول شيئاً منه. المبدع(٥/٢٥٣).

(٦) على قوله: ((عتق)) كما إذا كان ثلثه مائة وقيمة العبد مائة أو دونها عتق؛ لأنه ملك من كل جزء من المال ثلثه مشاعا ومن جملته نفسه فيملك ثلثها وإذاً يعتق ذلك الجزء لتعذر ملك نفسه ويسري إلى بقيته كما لو أعتق بعض عبده بل أولى. المبدع(٥/٢٥٣).

(٧) على قوله: ((عتق منه بقدر الثلث)) ولا يعتق منه أكثر من ذلك لأن الوصية لا تنفذ في الزائد على الثلث إلا بإجازة الورثة وعلم مما سبق أنه لو أوصى له بنفسه أو رقبته أنه يصح ويعتق بقبوله إن خرج من ثلثه وإلا عتق منه بقدره. المبدع(٥/٢٥٣).

وإن وصى له بمعين لم يصح[1]، وحكي عنه أنه يصح. وتصح للحمل إذا علم أنه كان موجودا حين الوصية[2] بأن تضعه لأقل من ستة أشهر إن كانت ذات زوج أو سيد يطؤها أو لأقل من أربع سنين إن لم يكن كذلك[3] في أحد الوجهين وإن وصى لمن تحمل هذه المرأة[4] لم يصح وإن قتل الوصى الموصى بطلت وصيته[5] وإن جرحه ثم أوصى له فمات من الجرح لم تبطل الوصية في

---

(١) قوله: «وإن وصى له بمعين لم يصح» هذا المذهب وبه قال الثوري وأصحاب الرأي والشافعي وإسحاق لأنه يصير ملكا للورثة فما وصى له به فهو لهم فكأنه وصى لورثته بما يرثونه فلا فائدة فيه. وعنه يصح وهو قول مالك وأبي ثور، قال الحارثي: وهو المنصوص كالمشاع فعليها يشترى من الوصية ويعتق وما بقي فهو له، جزم به في الكافي وغيره. المبدع(٥/٢٥٣)، الشرح الكبير(٣/٥٣٩).

(٢) قوله: «وتصح للحمل إلخ» لا نعلم في صحة الوصية للحمل خلافا وذلك لأن الوصية جرت مجرى الميراث من حيث كونها انتقال المال من الإنسان بعد موته إلى الموصى له بغير عوض كانتقاله إلى وارثه، وقد سمى الله تعالى الميراث وصية بقوله تعالى ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡ﴾ الآية والحمل يرث فتصح الوصية له ويثبت الملك للحمل من حين قبول الولي، لكن هل الوصية تعليق له على خروجه حيا وهو اختيار القاضي وابن عقيل في بعض كلام وهو الصحيح من المذهب، فعلى المذهب إن انفصل الحمل ميتا بطلت الوصية لانتفاء أهلية الملك ولا فرق في ذلك بين موته بجناية جان أو غيرها لانتفاء إرثه أو يثبت الملك من حين موت الموصي وقبول الولي. انظر/ المبدع(٥/٢٥٤).

(٣) على قوله: «إن لم يكن كذلك» يعني إن لم تكن ذات زوج ولا سيد يطؤها وهذا المذهب وهذا مبني على أن أكثر مدة الحمل أربع سنين وهو المذهب على ما يأتي مصرحا به في كلام المصنف في أول كتاب العدد. المبدع(٥/٢٥٤).

(٤) قوله: «وإن وصى لمن تحمل إلخ» هذا المذهب لأن الوصية تمليك فلا يصح للمعدوم بخلاف الموصى به فإنه تمليك فلم يعتبر وجوده وقيل يصح كما يصح بما تحمل هذه الجارية. المبدع(٥/٢٥٥).

[فائدة] لو وصى بثلثه لأحد هذين أو قال لجاري أو قريبي فلان باسم مشترك لم تصح الوصية على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب وقيل يعين بقرعة، قطع به في القواعد قال في الإنصاف وهو الصواب، قال في القواعد محل الخلاف إذا لم تكن قرينة فإن كان ثم قرينة أو غيرها أنه أراد معينا منهما وأشكل علينا معرفته فهنا تصح القرعة بلا تردد ويخرج المستحق منهما بالقرعة في قياس المذهب. الإنصاف(٧/٢١٨).

(٥) قوله: «وإن قتل الوصي إلخ» هذا المذهب وهو قول الثوري وأصحاب الرأي ونص=

ظاهر كلامه[1]، وقال أصحابنا في الوصية للقاتل روايتان[2]. وإن وصى لصنف من أصناف الزكاة أو لجميع الأصناف صح، ويعطي كل واحد منهم القدر الذي يعطى من الزكاة، فإن وصى لكتب القرآن والعلم أو لمسجد أو لفرس حبيس ينفق عليه صح، وإن مات الفرس رد الموصى به أو باقيه إلى الورثة[3] وإن وصى في أبواب البر صرف في ....

((**لكتب القرآن**)) بفتح الكاف وسكون التاء، مصدر: كتب.

((**أو لفرس حبيس**)) فعيل بمعنى: مفعول، أي: الفرس الموقوف.

((**وإن وصى في أبواب البر صرف في القرب**)) البر: بكسر الباء: الطاعة، والخير، والإحسان إلى الناس، والقرب: جمع قربة، وهو: كل ما يتقرب به إلى الله تعالى.

= عليه في المدبر لأن القتل يمنع الميراث الذي هو آكد منها فالوصية أولى وقال ابن حامد تجوز الوصية واحتج بقول أحمد رحمه الله تعالى فيمن جرح رجلاً خطأً فعفا المجروح فقال يعتبر من ثلثه وهذه وصية للقاتل وبه قال مالك وأبو ثور وابن المنذر وهو أظهر قولي الشافعي لأن الهبة له تصح فصحت الوصية. الشرح الكبير(٣/٥٤١).

على قوله: ((وإن قتل الوصى الموصي)) ولو خطأً.

(١) قوله: ((وإن جرحه إلخ)) هذا المذهب لأنها بعد الجرح صدرت في أهلها في محلها. الإنصاف(٧/٢١٩)، المبدع(٥/٢٥٥).

(٢) قوله: ((وقال أصحابنا إلخ)) إحداهما: لا تصح سواء وصى له ثم قتله أو جرحه جرحا صالحا ثم وصى له لأنه قاتل فبطلت كالميراث، والثانية: بلى كالهبة. المبدع(٥/٢٥٥).

على قوله: ((ويعطي كل واحد منهم القدر الذي يعطاه من الزكاة)) وهذا المذهب. الإنصاف(٧/٢٢٠).

(٣) قوله: ((وإن مات الفرس إلخ)) هذا المذهب نص عليه لأنه لما بطل محل الوصية وجب الرد إلى الورثة كوصية بعتق عبد زيد فتعذر أو شراء عبد بألف أو عبد زيد بها في المنصوص فيه فاشتروه بدونها ومقتضاه أنه لا يصرف إلى فرس آخر حبيس في المنصوص . المبدع(٥/٢٥٦)، الإنصاف(٧/٢٢٢).

[مسائل] إذا أوصى بخدمة عبده سنة ثم هو حر صحت الوصية فلو ردها أو وهب الخدمة عتق في الحال، وفي المغني والشرح خلافه وإن أوصى بعتق نسمة بألف فأعتقوا نسمة بخمسمائة لزمهم عتق أخرى بخمسمائة في الأصح، وإن قال أربعة بكذا جاز الفضل بينهما ما لم يسم ثمنا معلوما نص عليه، ولو وصى أن يشتري فرسا للغزو بمعين فاشتراه بأقل منه فباقيه نفقة لا إرث في المنصوص. المبدع(٥/٢٥٧).

القرب[1] وقيل عنه يصرف في أربع جهات: في أقاربه والمساكين والحج والجهاد، وعنه فداء الأسرى مكان الحج. وإن وصى أن يحج عنه بألف صرف في حجة بعد أخرى حتى ينفد[2] ويدفع إلى كل واحد قدر ما يحج به وإن قال حجوا عني حجة بألف دفع الكل إلى من يحج به[3]، فإن عينه في الوصية فقال يحج عني فلان بألف فأبى الحج وقال: اصرفوا لي الفضل لم يعطه وبطلت الوصية في حقه[4].

---

(١) قوله: «صرف في القرب» هذا المذهب لأن اللفظ للعموم فيجب الحمل عليه ولا يجوز التخصيص إلا بدليل. المبدع(٥/٢٥٧)، الإنصاف(٧/٢٢٢).

[فائدتان] لو قال ضع ثلثي حيث أراك الله تعالى فله صرفه في أى جهة من جهات القرب والأفضل صرفه إلى فقراء أقاربه فإن لم يجد فإلى محارمه من الرضاع فإن لم يجد فإلى جيرانه. الإنصاف(٧/٢٢٣).

(الثانية) لا يشترط في صحة الوصية القربة على الصحيح من المذهب خلافا للشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى فلهذا قال: لو جعل الكفر أو الجهل شرطاً في الاستحقاق لم يصح. الإنصاف(٧/٢٢٣).

(٢) قوله: «وإن أوصى أن يحج عنه بألف إلخ» هذا المذهب لأنه وصى بها في جهة قربة فوجب صرفه فيها. وعنه لا يصرف منها سوى مؤنة حجة واحدة والبقية إرث. فعلى المذهب إن لم تكف الألف أو البقية بعد الإخراج حج به من حيث يبلغ نص عليه وقيل يعان به في حجه. المبدع(٥/٢٥٨).

[فائدتان] إذا كان الحج تطوعاً أجزأ أن يحج عنه من الميقات على الصحيح وقيل لا يجزئ إلا من محل وصيته كحجه بنفسه وجزم به في الكافي. الإنصاف(٧/٢٢٥).

(الثانية) إذا كان الموصي قد حج حجة الإسلام كانت الألف من ثلث ماله وإن كانت عليه حجة الإسلام فنفقتها من رأس المال والباقي من الثلث. الإنصاف(٧/٢٢٥).

(٣) قوله: «وإن قال يحج عني حجة إلخ» هذا المذهب لأنه أوصى بها في حجة واحدة فوجب أن يعمل بها، فإن فضل منها فضل فهو لمن يحج لأنه قصد إرفاقه فكأنه صرح به. المبدع(٥/٢٥٨).

(٤) قوله: «فإن عينه إلخ» يعني بطلت الوصية من أصلها إذا كان الحج تطوعا وهذا أحد الوجهين لأن الموصى له لم يقبلها بامتناعه من فعلها أشبه ما لو أوصى له بمال فرده. والوجه الثاني تبطل في حقه لاغير ويحج عنه بأقل ما يمكن من نفقة أو أجرة والبقية للورثة وهذا المذهب وعليه أكثر الأصحاب. المبدع(٥/٢٥٩).

[تنبيه] محل الخلاف إذا كان الموصى قد حج حجة الإسلام أما إذا لم يكن حج حجة =

وإن وصى لأهل سكته فهو لأهل دربه[1]، وإن وصى لجيرانه تناول أربعين دارا من كل جانب[2]، وقال أبو بكر مستدار أربعين دارا. وإن وصى لأقرب

«**لأهل سكته**» السكة: الزقاق عن الجوهري. وهي في الأصل: الطريقة المصطفة من النخل. وقيل: الأزقة: سكك، لاصطفاف الدور فيها.

«**مستدار أربعين**» مستدار: اسم مفعول من: استدار بالشيء. إذا أحاط به من جوانبه، كاستدارة الهالة بالقمر. والمراد: أربعين داراً مستديرة، فهو من إضافة الصفة إلى الموصوف، كسحق عمامة، وجرد قطيفة، أي: عمامة سحق، وقطيفة جرد. والله أعلم.

= الإسلام وأبى من عينه فإنه يقام غيره بنفقة المثل والفضل للورثة ولا تبطل قولا واحدا. الإنصاف(٧/٢٢٧)

[فوائد] لو قال يحج عني زيد بألف فما فضل فهو وصية له إن حج ولا يعطى إلى أيام الحج قاله أحمد رحمه الله تعالى. الإنصاف(٧/٢٢٧).

(الثانية) لا يصح أن يحج وصى بإخراجها نص عليه، قال لأنه منفذ فهو كقوله تصدق عني به لا يأخذ منه. الإنصاف(٧/٢٢٧).

(الثالثة) لا يصح وارث على الصحيح من المذهب نص عليه واختار جماعة من الأصحاب: بل يحج إن عينه ولم يزد على نفقته. الإنصاف(٧/٢٢٧).

(الرابعة) لو أوصى بثلاث حجج إلى ثلاثة في عام واحد صح وأحرم النائب بالفرض أولا إن كان عليه فرض. الإنصاف(٧/٢٢٧-٢٢٨).

(الخامسة) لو أوصى بثلاث حجج لم يكن له أن يصرفها إلى ثلاثة يحجون عنه في عام واحد ونقل الحارثي عن القاضي وابن عقيل والسامري صحة صرف ثلاث حجج في عام واحد قال وهو أولى. انظر/ الإنصاف(٧/٢٢٨).

(١) قوله: «فهو لأهل دربه» هذا المذهب لأن السكة الطريق والدرب طريق مضاف إليه وحينئذ يعطي من كان ساكنا وقت الوصية نص عليه، وقال في المغني: ويستحق أيضاً لو طرأ إلى السكة بعد الوصية. المبدع(٥/٢٦٠).

(٢) قوله: «وإن وصى لجيرانه إلخ» هذا المذهب نص عليه، وبه قال الأوزاعي والشافعي ونقل ابن منصور: لا ينبغي أن يعطي هنا إلا الجار الملاصق، وهو قول أبي حنيفة لأن النبي ﷺ قال: «الجار أحق بصقبه» يعني الشفعة وإنما يثبت للملاصق. ولنا ما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبي ﷺ قال «الجار أربعون دارا هكذا وهكذا وهكذا» رواه أحمد وهذا نص لا يجوز العدول عنه إن صح وإلا فالجار المقارب ويرجع فيه إلى العرف قاله في الشرح قال في الإنصاف وهو الصواب. الشرح الكبير(٣/٥٤٦).

قرابته[1] وله أب وابن فهما سواء[2]، والأخ والجد سواء[3]، ويحتمل تقديم الابن على الأب والأخ على الجد والأخ من الأب والأخ من الأم سواء[4] والأخ من الأبوين أحق منهما[5].

---

(١) على قوله: «وإن وصى لأقرب قرابته» أو لأقرب الناس إليه أو أقربهم رحما. المبدع (٥/ ٢٦١)

(٢) قوله: «وإن وصى لأقرب قرابته إلخ» هذا المذهب لأن كل واحد منهما يدلي بنفسه من غير واسطة فإن كان أحدهما تعين بلا شك. الإنصاف(٧/ ٢٣٠)، المبدع(٥/ ٢٦١).

(٣) قوله: «والأخ والجد إلخ» هذا المذهب لأن كل واحد منهما يدلي بالأب من غير واسطة. المبدع(٥/ ٢٦١).

(٤) قوله: «والأخ من الأب إلخ» هذا المذهب لأنهما في درجة واحدة لا يقال كيف سوى بينهما إذ لو أوصى لقرابته لم يدخل فيها ولد الأم على المذهب ومن لا يدخل في القرابة لا يدخل في أقرب القرابة لأن ذلك مخرج على الرواية الأخرى كما ذكره في المغني لا على المذهب. المبدع(٥/ ٢٦١).

(٥) قوله: «والأخ من الأبوين إلخ» هذا المذهب لأن له قرابتين. المبدع(٥/ ٢٦١).

[تنبيه] البنت كالابن والجد أبو الأب وأبو الأم وأم الأب وأم الأم كلهم سواء، ذكره في المغني ويحتمل تقديم أبي الأب على أبي الأم لأنه يسقطه ثم بعد الأولاد أولاد البنين وإن سفلوا الأقرب فالأقرب الذكور والإناث. وفي أولاد البنات وجهان بناء على الوقف، ثم بعد الأولاد الأجداد الأقرب منهم فالأقرب لأنهم العمود الثاني ثم الإخوة والأخوات ثم ولدهم وإن سفلوا ولا شيء لولد الأخوات إذا قلنا بعدم دخول ولد البنات. والعم من الأب والعم من الأم سواء، وفيه احتمال وكذلك أبناؤهما على الترتيب ذكره القاضي. المبدع(٥/ ٢٦١).

[فائدة] الأب أولى من ابن الأب على الصحيح من المذهب وقدم في الترغيب أن ابن الابن أولى. الإنصاف(٧/ ٢٣١).

[فائدة] يستوى جداه وعماه كأبويه على الصحيح من المذهب، وقيل يقدم جده وعمه لأبيه. الإنصاف(٧/ ٢٣١).

على قوله: «أحق منهما» قال في الفروع: ويتوجه رواية أنه كأخيه لأبيه لسقوط الأمومة كالنكاح وجزم به في التبصرة واختاره الشيخ تقي الدين ذكره عنه في القواعد في الوقف. انظر/ الإنصاف(٧/ ٢٣١).

على قوله: «ولا تصح الوصية لكنيسة ولا بيت نار» ولا لعمارتهما والإنفاق عليهم وبه قال الشافعي لأن ذلك معصية وسواء كان الموصي مسلما أو ذميا. المبدع(٥/ ٢٦٢)، الشرح الكبير(٣/ ٥٤٨).

على قوله: «ولا لبهيمة» لأنه تمليك فلم يصح لهم كالهبة وكذلك الميت وبه قال أبو حنيفة=

فصل

ولا تصح الوصية لكنيسة ولا بيت نار ولا لكتب التوراة والإنجيل ولا لملك ولا لميت ولا بهيمة، وإن وصى لحي وميت يعلم موته فالكل للحي[1] ويحتمل أن لا يكون له إلا النصف[2] فإن لم يعلم فللحي نصف الموصى به، وإن وصى لوارثه وأجنبي بثلث ماله فرد الورثة فللأجنبي السدس، وإن وصى لهما بثلثي ماله فكذلك عند القاضي[3] وعند أبي الخطاب له الثلث كله، وإن وصى بماله لابنيه

= والشافعي. وقال مالك إن علم أنه ميت صحت الوصية وهي لورثته بعد قضاء ديونه وتنفيذ وصاياه لأن الغرض نفعه بها فأشبه ما لو كان حيا. الشرح الكبير(٣/٥٤٨).

[تنبيه] قوله: «ولا لبهيمة» إن وصى لفرس حبيس صح إذا لم يقصد تمليكه كما صرح به المصنف قبل ذلك وإن وصى لفرس زيد صح ولزم بدون قبول صاحبها ويصرفها في علفه ومراد المصنف هنا تمليك البهيمة. الإنصاف(٧/٢٣٢).

(١) قوله: «وإن وصى لحي وميت إلخ» ذكر ابن المنجا أن هذا المذهب لأنه لما أوصى بذلك مع علمه بموته فكأنه قصد الوصية للحي وحده كما لو صرح به. المبدع(٥/٢٦٣)، الإنصاف(٧/٢٣٢).

(٢) قوله: «ويحتمل إلخ» هذا المذهب وبه قال أبو حنيفة وإسحاق والبصريون لأنه أضاف الوصية إليهما فإذا لم يكن أحدهما محلا للتمليك بطل في نصيبه. الشرح الكبير(٣/٥٤٩).

[فوائد] لو وصى له ولجبريل أو له وللحائط بثلث ماله كان له الجميع على الصحيح من المذهب نص عليه. الإنصاف(٧/٢٣٣).

(الثانية) لو وصى له وللرسول بثلث ماله قسم بينهما نصفين على الصحيح من المذهب نص عليه ويصرف ما للرسول في المصالح. الإنصاف(٧/٢٣٤).

(الثالثة) لو وصى له ولله تعالى قسم بينهما نصفين. الإنصاف(٧/٢٣٤).

(الرابعة) لو وصى لزيد وللفقراء بثلثه قسم بين زيد والفقراء نصفين. انظر/ الإنصاف(٧/٢٣٤).

(٣) على قوله: «فكذلك عند القاضي» يعني إذا رد الورثة نصف الوصية وهو ما جاوز الثلث من غير تعيين فيكون للأجنبي السدس والسدس للوارث وهذا المذهب وهو قول مالك والشافعي فلو عين الورثة بالرد نصيب الوارث كان للأجنبي الثلث كاملا على الصحيح من المذهب فلو أجازوا للوارث وحده فله الثلث وحده بلا نزاع وكذا إن أجيز للأجنبي وحده فله الثلث على الصحيح من المذهب فلو ردوا وصية الوارث ونصف وصية الأجنبي فله السدس على الصحيح من المذهب. الشرح الكبير(٣/٥٤٩-٥٥٠).

وأجنبي فردا وصيته فله التسع عند القاضي[1] وعند أبي الخطاب له الثلث، وإن وصى لزيد وللفقراء والمساكين بثلثه فلزيد التسع[2].

باب الموصى به

تصح الوصية بما لا يقدر على تسليمه كالآبق والشارد والطير في الهواء والحمل في البطن واللبن في الضرع[3]، وبالمعدوم كالذي تحمل أمته أو شجرته أبداً[4] أو في مدة معينة[5] فإن حصل منه شيء فهو له وإلا بطلت الوصية[6] وإن وصى له بمائة لا يملكها صح، فإن قدر عليها عند الموت أو على شيء منها وإلا بطلت

---

(١) قوله: ((فله التسع عند القاضي)) هذا الصحيح من المذهب لأنه بالرد رجعت الوصية إلى الثلث والموصى له اثنان وأجنبي فيكون للأجنبي التسع وهو ثلث الثلث. المبدع(٥/ ٢٦٤).

(٢) قوله: ((فزيد التسع))، هذا المذهب لأنه وصى لثلاث جهات فوجب التسوية. المبدع (٥/٢٦٥).

(٣) قوله: ((تصح الوصية بما لا يقدر على تسليمه إلخ)) أى لأنها إذا صحت بالمعدوم فهذا أولى ولأنها أجريت مجرى الميراث وهذا يورث فيوصى به وللوصي السعي في تحصيله فإن قدر عليه أخذه إذا خرج من الثلث ولا فرق في الحمل بين أن يكون رقيقا أو حمل بهيمة مملوكة له لأن الغرر لا يمنع الصحة فإن انفصل ميتا بطلت وإن خرج حيا وعلمنا وجوده حال الوصية أو حكمنا بوجوده صحت وإن لم يكن كذلك فلا. ويعتبر إمكان الموصي به فلو أوصى بما تحمل أمته العقيم أو بألف قنطار من شجرة معينة، قال في الترغيب: وغيره واختصاصه به فلو وصى بمال غيره لم يصح ولو ملكه بعد لأن الوصية لم تنعقد. انظر/ المبدع(٥/٢٦٥-٢٦٦).

(٤) قوله: ((وبالمعدوم إلخ)) وهذا المذهب وعليه الأصحاب لأنه يملك بالسلم والمساقاة فجاز أن يملك بالوصية . المبدع(٥/٢٦٦).

على قوله: ((أبداً)) أى يكون ذلك للموصي له على التأبيد. المبدع(٥/٢٦٦).

(٥) قوله: ((أو في مدة معينة)) أى كسنة ما عداها معرفا أو منكرا ولا يلزم الوارث السقى لأنه لم يضمن تسليمها بخلاف مشتر. المبدع(٥/٢٦٦).

(٦) قوله: ((وإلا بطلت)) أى لأنها لم تصادف محلا كالوصية بثلثه ولم يخلف شيئاً. المبدع (٥/٢٦٦).

[فائدة] تصح الوصية بإناء ذهب أو فضة وبزوجته أى له أمة فيوصي بها لزوجها وينفسخ نكاحه وقت ثبوت ملكه لها. المبدع(٥/٢٦٦).

على قوله: ((صح)) إذ غايته أنها معدومة والوصية به صحيحة. المبدع(٥/٢٦٦).

الوصية. وتصح بما فيه نفع مباح من غير المال[1] كالكلب والزيت النجس، فإن لم يكن للموصي مال فللموصى له ثلث ذلك وإن كان له مال فجميع ذلك للموصى له وإن قل المال في أحد الوجهين وفي الآخر له ثلثه[2]، وإن لم يكن له كلب لم تصح الوصية به، ولا تصح الوصية بما لا نفع فيه كالخمر والميتة ونحوها، وتصح الوصية بالمجهول كعبد وشاة ويعطي ما يقع عليه الاسم[3] فإن اختلف الاسم بالحقيقة والعرف كالشاة في العرف للأنثى والبعير والثور هو في العرف للذكر وحده وفي الحقيقة للذكر والأنثى غلب العرف[4] وقال أصحابنا

((**كالبعير والثور**)) الثور: الذكر من البقر، والأنثى: ثورة. والجمع: ثورة، كعود وعودة، وثيرة وثيران، كجيرة وجيران، وثيرة أيضا. قال المبرد: إنما قالوا: ثيرة ليفرقوا بينه وبين ثورة الأقط، وبنوه على فعلة ثم حركوه.

---

(١) قوله: ((وتصح بما فيه نفع إلخ)) أي لأنه مباح اقتناؤه للصيد والماشية والحرث. المبدع (٢٦٦/٥).

على قوله: ((فللموصى له ثلث ذلك)) يعني إذا لم يجز الورثة. المبدع(٢٦٧/٥).

(٢) قوله: ((وفي الآخر له ثلثه)) وهذا المذهب وإن كثر المال لأن موضوع الوصية على أن يسلم ثلثا التركة للورثة وليس في التركة شيء من جنس الموصى به. المبدع(٢٦٧/٥).

[فوائد] الكلب المباح النفع كلب الصيد والماشية والزرع لاغير على الصحيح من المذهب، وقيل أو بستان وقيل وكلب البيوت أيضاً وهو احتمال للمصنف. الإنصاف(٢٣٩/٧).

(الثانية) تقسم الكلاب المباحة بين الورثة والموصى له والموصي لهما بالعدد فإن تشاحوا فبقرعة. الإنصاف(٢٣٩/٧).

(الثالثة) لو أوصى له بكلب وله كلاب، قال في الرعاية: له أحدها بالقرعة، وعنه بل ما شاء الورثة قال في الإنصاف وهو الصواب. الإنصاف(٢٤٠/٧).

[تنبيه] أفادنا المصنف بقوله وتصح بما فيه نفع مباح كالزيت أن ذلك على القول بجواز الاستصباح وهو المذهب، أما على القول بعدم الجواز فلا تصح الوصية به. انظر/ الإنصاف(٢٤٠/٧).

(٣) قوله: ((وتصح بالمجهول إلخ)) هذا بلا نزاع لأنه إذا صحت بالمعدوم فالمجهول أولى ولأنه ينتقل إلى الوارث فصحت الوصية به وبه قال مالك والشافعي. الشرح الكبير(٣/ ٥٥٢).

(٤) قوله: ((فإن اختلف الاسم بالحقيقة -إلى قوله- غلب العرف)) أي في اختيار المؤلف وغيره لأن الظاهر أن المتكلم إنما يتكلم بعرفه ولأنه المتبادر إلى الفهم. المبدع(٢٦٨/٥).

تغلب الحقيقة[1] والدابة اسم للذكر والأنثى من الخيل والبغال والحمير[2] وإن وصى له بغير معين كعبد من عبيده صح ويعطيه الورثة ما شاءوا منهم[3] في ظاهر كلامه. وقال الخرقي: يعطي واحداً بالقرعة فإن لم يكن له عبيد لم تصح في أحد الوجهين[4] وتصح في الآخر ويشتري له ما يسمى عبدا[5] وإن كان له عبيد فماتوا إلا واحدا تعينت الوصية فيه[6] وإن قتلوا كلهم فله قيمة أحدهم

---

(١) قوله: ((وقال أصحابنا إلخ)) وهذا المذهب لأنها الأصل ولهذا يحمل عليه كلام الله تعالى وكلام رسوله ﷺ فعلى هذا إذا وصى له بشاة تناول الذكر والأنثى والضأن والمعز والكبيرة والصغيرة لأن اسم الشاة يتناول ذلك كله بدليل قوله عليه الصلاة والسلام ((في أربعين شاة شاة)) وقال المؤلف: لا يتناول إلا أنثى كبيرة إلا أن يكون في بلد عرفهم يتناول ذلك. المبدع(٥/٢٦٨).

(٢) قوله: ((والدابة إلخ)) هذا المذهب لأن ذلك هو المتعارف فإن قرن به ما يصرفه إلى أحدها كقوله دابة يقاتل عليها انصرف إلى الخيل، وإن قال ينتفع بظهرها ونسلها خرج منه البغال وخرج منه الذكر. انظر/ المبدع(٥/٢٦٨-٢٦٩).

(٣) قوله: ((وإن وصى له بغير معين إلخ)) هذا إحدى الروايتين وهو المذهب. المبدع(٥/ ٢٦٩).

[فائدة] قال القاضي في هذه المسألة يعطيه الورثة ما شاءوا من عبد أو أمة قال في الإنصاف وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب، وقال المصنف الصحيح عندى أنه لا يستحق إلا ذكرا. الإنصاف(٧/٢٤٢).

على قوله: ((في ظاهر كلامه)) وهو المذهب وهو قول الشافعي. الشرح الكبير(٣/٥٥).

على قوله: ((وقال الخرقي يعطي واحدا بالقرعة)) وقال مالك قولا يقتضي أنه إذا أوصى بعبد وله ثلاثة أعبد فله ثلثهم وإن كانوا أربعة فله ربعهم فإنه قال إذا وصى بعشر من إبله وهي مائة يعطي عشرها والنخل والرقيق على ذلك. المبدع(٥/٢٦٩).

(٤) قوله: ((فإن لم يكن له عبيد لم تصح إلخ)) هذا المذهب لأن الوصية تقتضى عبدا من الموجودين حال الوصية أشبه ما لو أوصى له بما في الكيس ولا شيء فيه أو بداره ولا دار له. المبدع(٥/٢٦٩).

(٥) قوله: ((وتصح في الآخر إلخ)) لأن الاسم يتناوله فيخرج به عن عهدة الوصية، وكقوله عبد من مالى فعلى المذهب لو ملك عبيدا قبل موته فهل تصح الوصية؟ فيه وجهان. المبدع(٥/٢٦٩-٢٧٠).

(٦) قوله: ((وإن كان له عبيد فماتوا إلخ)) وكذا لو لم يكن له إلا عبد واحد وهذا المذهب لأنه لم يبق غيره وقد تعذر تسليم الباقي وهذا إن حمله الثلث ولو تلف رقيقه كلهم قبل موت الموصي بطلت الوصية ولو تلفوا بعد موته من غير تفريط فكذلك.=

على قاتله[1]، وإن وصى له بقوس وله أقواس للرمي والبندق والندف فله قوس النشاب لأنه أظهرها إلا أن تقترن به قرينة تصرف إلى غيره، وعند أبي الخطاب له واحد منها كالوصية بعبد من عبيده، وإن وصى له بكلب أو طبل وله منها مباح ومحرم انصرف إلى المباح، وإن لم يكن له إلا محرم لم تصح الوصية. وتنفذ الوصية فيما علم من ماله وما لم يعلم[2] وإذا وصى بثلثه فاستحدث مالا دخل ثلثه في الوصية[3]، وإن قتل وأخذت ديته فهل تدخل الدية في الوصية؟ على روايتين[4]. وإن وصى بمعين بقدر نصف الدية فهل تحسب الدية على الورثة من الثلثين؟ على وجهين[5].

= المبدع(٥/٢٧٠).

(١) قوله: «وإن قتلوا إلخ» يعني إما باختيار الورثة أو بالقرعة على الخلاف المتقدم، وهذا إذا قتلوا بعد موت الموصى. انظر/ المبدع(٥/٢٧٠).

(٢) قوله: «وتنفذ الوصية إلخ» بمعنى أن وصيته تنفذ في ثلث الموجود وإن جهله، وهذا المذهب وعنه إن علم به وبه قال مالك وحكي ذلك عن أبان بن عثمان وعمر بن عبد العزيز وربيعة إلا في المدبر فإنه يدخل في كل شيء والأول أولى لأن الوصية بجزء من ماله لفظ عام فيدخل فيه ما لا يعلم به من ماله كما لو نذر الصدقة بثلثه. المبدع(٥/٢٧١).

(٣) قوله: «وإذا وصى بثلثه إلخ» هذا المذهب وعليه الأصحاب وهو قول أكثر أهل العلم ولا فرق عندهم بين التلاد والمستفاد في أنه يعتبر ثلث الجميع وممن قال ذلك النخعي والأوزاعي ومالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي لأنه من ماله يرثه ورثته وتقضى منه ديونه. الشرح الكبير(٣/٥٥٥).

(٤) قوله: «وإن قتل إلخ» إحداهما وهى المذهب تدخل ديته مطلقا وروي عن علي رضى الله عنه في دية الخطأ مثل ذلك وهو قول الحسن ومالك لأنها تجب للميت بدل نفسه ونفسه له قال أحمد رحمه الله تعالى قضى النبي ﷺ أن الدية ميراث، والثانية: لا تدخل وروي ذلك عن مكحول وشريك وأبي ثور وداود وهو قول إسحاق وقاله مالك في دية العمد لأن الدية لا تجب للورثة إلا بعد موت الموصي لأن سببها الموت فلا يجوز وجوبها قبله لأن الحكم لا يتقدم سببه. الشرح الكبير(٣/٥٥٥).

(٥) قوله: «وإن وصى بمعين إلخ» هما مبنيان على الروايتين فعلى الأولى تحتسب الدية من ماله فإن كانت وصيته بقدر نصف الدية أو أقل منه نفذت الوصية وإلا أخرج منه قدر ثلثها، وعلى الثانية لا تحسب الدية وتخرج الوصية من تلاد ماله دون ديته بناء على أن الدية ليست من ماله فيختص بها الورثة. انظر/ المبدع (٥/٢٧٢).

فصل

وتصح الوصية بالمنفعة المفردة(١) فلو وصى لرجل بمنافع أمته أبدا أو مدة معينة صح، وإذا وصى بها أبداً فللورثة عتقها وبيعها، وقيل لا يصح بيعها إلا لمالك نفعها، ولهم ولاية تزويجها(٢) وأخذ مهرها في كل موضع وجب لأن منافع البضع لا تصح الوصية بها، وقال أصحابنا مهرها للوصي(٣) وإن وطئت بشبهة

«**البضع**» تقدم في العارية.

---

(١) قوله: «وتصح الوصية بالمنفعة إلخ» وتصح بخدمة عبد ومنفعة أمة وغلة دار وثمرة بستان أو شجرة سواء وصى بذلك مدة معلومة أو بجميع الثمرة والمنفعة في الزمان كله بلا نزاع في المذهب وهو قول الجمهور منهم مالك والشافعي وأصحاب الرأي لأنه يصح تمليكها بعقد المعاوضة فتصح الوصية بها كالأعيان ويعتبر خروج ذلك نص عليه في سكنى الدار وهو قول كل من قال بصحة الوصية بها وإن لم تخرج من الثلث أجيز منها بقدر الثلث وقال مالك إذا وصى بخدمة عبده سنة فلم يخرج من الثلث فالورثة بالخيار بين تسليم خدمته سنة وبين ثلث المال، وقال أصحاب الرأي وأبو ثور إذا أوصى بخدمة عبده سنة فإن العبد يخدم الموصى له يوما والورثة يومين ولنا أنها وصية صحيحة فوجب تنفيذها على صفتها إذا خرجت من الثلث أو بقدر ما خرج من الثلث منها فإن أريد تقويمها وكانت الوصية مقيدة بمدة قوم الموصى بمنفعته مسلوب المنفعة تلك المدة ثم تقوم المنفعة في تلك المدة التي أوصى له فينظر كم قيمتها. انظر/ الشرح الكبير(٣/٥٥٦).

[فائدة] إذا أراد الموصى له بمنفعة العبد أو الدار إجازة العبد أو الدار في المدة التي أوصى له بنفعها فله ذلك وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا تجوز إجارتها لأنه أوصى له باستيفائها. ولنا أنها منفعة يملكها ملكا تاماً فملك أخذ العوض عنها كالإجارة، وإن أراد الموصي له إخراج العبد عن البلد فله ذلك، وقال أصحاب الرأي لا يخرجه. الشرح الكبير(٣/٥٥٦).

على قوله: «فللورثة عتقها» بلا نزاع لأنها مملوكة لهم ومنافعها للموصى له فإن أعتقها صاحب المنفعة لم تعتق لأنه لا يملك الرقبة. المبدع(٥/٢٦٣).

على قوله: «وبيعها» أي مسلوبة المنفعة ويقوم المشترى مقام البائع فيما له وعليه. المبدع (٥/٢٧٣).

(٢) قوله: «ولهم ولاية تزويجها» والصحيح من المذهب أن وليها مالك رقبتها فعلى المذهب لا يزوجها إلا بإذن مالك المنفعة. انظر/ المبدع(٥/٢٧٣).

(٣) قوله: «وقال أصحابنا إلخ» وهذا المذهب لأنه من منافعها. المبدع(٥/٢٧٤).

فالولد حر[١] وللورثة قيمة ولدها عند الوضع على الواطئ[٢] وإن قتلت فلهم قيمتها في أحد الوجهين[٣] وفي الآخر يشترى بها ما يقوم مقامها، وللوصي استخدامها وإجارتها وإعارتها وليس لواحد منهم وطؤها[٤]، وإن ولدت من زوج أو زنا فحكمه حكمها[٥] وفي نفقتها ثلاثة أوجه: أحدها أنه في كسبها، والثاني على مالكها[٦] والثالث على الوصي[٧]. وفي اعتبارها من الثلث وجهان: أحدهما تعتبر جميعها من الثلث[٨]، والثاني تقوم بمنفعتها ثم تقوم مسلوبة المنفعة

---

(١) قوله: ((والولد حر)) وهذا المذهب لأن وطء الشبهة يكون الولد فيه حرا لاعتقاد الواطئ أنه وطء في ملك كالمغرور بأمة. المبدع(٥/٢٧٤).

(٢) قوله: ((وللورثة إلخ)) وهذا المذهب لأنه امتنع رقه فوجب جبر ما فات من رقه. المبدع(٥/٢٧٤).

(٣) قوله: ((وإن قتلت فلهم قيمتها إلخ)) وهذا المذهب لأن الإتلاف صادف الرقبة وهم مالكوها وفوات المنفعة حصل ضمنا وتبطل وصيته كالإجارة. والوجه الثاني اختاره القاضي والمصنف وغيرهما لأن كل حق تعلق بالعين تعلق ببدلها إذا لم يبطل سبب استحقاقها. المبدع(٥/٢٧٤).

(٤) قوله: ((وليس لواحد منهما وطؤها)) هذا المذهب لأن مالك المنفعة ليس بزوج ولا مالك للرقبة والوطء لا يباح بغيرهما ومالك الرقبة لا يملكها ملكا تاماً ولا يأمن أن تحمل منه وربما أفضى إلى هلاكها لكن أيهما وطؤها فلا حد عليه لأنه وطء شبهة لوجود الملك لكل منهما فإن ولدت فهو حر فإن كان الواطئ صاحب المنفعة لم تصر أم ولد له لأنه لا يملكها وعليه قيمة ولدها عند الوضع كما تقدم وإن كان مالك الرقبة صارت أم ولد له. المبدع(٥/٢٧٤-٢٧٥).

(٥) قوله: ((وإن ولدت إلخ)) أى لأن الولد يتبع الأم في حكمها كولد المكاتبة والمدبرة، وقيل هو لمالك الرقبة لأنه ليس من النفع الموصى به ولا هو من الرقبة الموصى بنفعها قال في الإنصاف وهو المذهب على ما اصطلحناه . انظر/ المبدع(٥/٦٧٥)، الإنصاف(٧/٢٥١).

(٦) قوله: ((الثاني إلخ)) وهذا الذي ذكره الشريف أبو جعفر مذهبا وبه قال أبو ثور وهو ظاهر مذهب الشافعي أي: تكون النفقة على مالك الرقبة . الشرح الكبير(٣/٥٥٨).

(٧) قوله: ((والثالث إلخ)) وهذا المذهب وبه يقول أصحاب الرأي وصححه في المغني والشرح لأنه يملك نفعها فكانت النفقة عليه كالزوج وهذا ليس خاصا بالأمة بل حكم سائر الحيوانات الموصى بنفعها كذلك ونفعها بعد الوصى لورثته على الصحيح من المذهب. الشرح الكبير(٣/٥٥٨).

(٨) قوله: ((أحدهما يعتبر جميعها من الثلث)) هذا الصحيح يعني تقوم منفعتها ويعتبر =

فيعتبر ما بينهما[1]، وإن وصى لرجل برقبتها ولآخر بمنفعتها صح وصاحب الرقبة كالوارث فيما ذكرنا[2]، وإن وصى لرجل بمكاتبه صح ويكون كما لو اشتراه. وإن وصى له بمال الكتابة أو بنجم منها صح[3]، وإن وصى برقبته لرجل وبما عليه لآخر صح، فإن أدى عتق وإن عجز فهو لصاحب الرقبة وبطلت وصية صاحب المال فيما بقي عليه[4].

فصل

ومن أوصى له بشيء بعينه فتلف قبل موت الموصي أو بعده بطلت الوصية[5]،

((**بشيء بعينه**)) الباء زائدة في البدل، كقولك: مررت بأخيك بزيد، كقوله تعالى: ﴿ لَّجَعَلْنَا لِمَن يَكْفُرُ بِٱلرَّحْمَـٰنِ لِبُيُوتِهِمْ ﴾ [الزخرف: ٣٣]. ولا يجوز أن يكون بعينه توكيداً، لوجهين. أحدهما: أن ((شيئاً)) نكرة، غير محدودة، فلا يجوز توكيدها. والثاني: أن إعادة العامل إنما جاء في البدل لا في التوكيد.

= خروج ثمنها من الثلث لأن أمة لا منفعة لها لا قيمة لها غالبا. المبدع(٥/٢٧٦).

(١) قوله: ((والثاني إلخ)) يعني فإذا كانت قيمتها بمنفعتها مائة ومسلوبة المنفعة عشرة علمنا أن قيمة المنفعة تسعون. المبدع(٥/٢٧٦).

(٢) قوله: ((وإن وصى لرجل إلخ)) هذا بلا نزاع لأن الوصية تمليك أشبهت الشراء فإن أدى عتق والولاء له كالمشتري وإن عجز عاد رقيقا له فإن عجز في حياة الموصي لم تبطل الوصية لأن رقه لا ينافيها وإن أدى إليه بطلت فإن قال إن عجز ورق فهو لك بعد موتى فعجز في حياة الموصي صحت وإن عجز بعد موته بطلت ولو قال إن عجز بعد موتى فهو لك ففيه وجهان . المبدع(٥/٢٧٦)، الإنصاف(٧/٢٥٥).

(٣) قوله: ((وإن وصى له بمال الكتابة إلخ)) هذا بلا نزاع لأنها تصح بما ليس بمستقر كما تصح بما لا يملكه في الحال كحمل الجارية وحينئذ للموصى له استيفاء المال عند حلوله والإبراء منه ويعتق بأحدهما والولاء لسيده لأنه المنعم عليه فإن عجز فأراد الوارث تعجيزه وأراد الموصى له إنظاره فالقول قول الوارث وكذلك إن أراد الوارث إنظاره وأراد الوصي تعجيزه فالحكم للوارث. انظر/ المبدع(٥/٢٧٧)، الإنصاف(٧/٢٥٤).

(٤) قوله: ((وإن وصى برقبته إلخ)) إذا أدى لصاحب المال أو أبرأه منه عتق وبطلت الوصية على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب فإن عجز فسخ صاحب الرقبة كتابته وكان رقيقا له وبطلت وصية صاحب المال وإن كان قبض من مال الكتابة شيئاً فهو له. المبدع(٥/٢٧٧).

(٥) قوله: ((ومن أوصى له بشيء إلخ)) حكاه ابن المنذر إجماع من يحفظ عنه لأن الموصي له إنما يستحق المعين فإذا ذهب زال حقه. المبدع(٥/٢٧٨).

وإن تلف المال كله غيره بعد موت الموصي فهو للموصى له[١] فإن لم يأخذه زمانا قوم وقت الموت لا وقت الأخذ[٢]، وإن لم يكن له سوى المعين إلا مال غائب أو دين في ذمة موسر أو معسر فللموصي له ثلث الموصي به[٣] وكلما اقتضي من الدين شيء أو حضر من الغائب ملك ملك من الموصى به قدر ثلثه حتى يملكه، وكذلك الحكم في المدبر[٤]. وإن وصى له بثلث عبد فاستحق ثلثاه فله الثلث[٥] الباقي، وإن وصى له بثلث ثلاثة أعبد فاستحق اثنان منهم أو ماتا فله

((**وإن أتلف المال كله غيره**)) غيره منصوب على الاستثناء؛ لأنه من موجب.
((**اقتضي**)) بضم التاء: مبني للمفعول، أي: طلب وأخذ، وهو افتعال من القضاء.

---

(١) قوله: ((وإن تلف المال كله إلخ)) بلا نزاع لأن حقوق الورثة لم تتعلق به لتعيينه للموصى له بدليل أنه يملك أخذه بغير رضاهم. المبدع(٥/٢٧٩).
(٢) قوله: ((وإن لم يأخذه زمانا إلخ)) يعني إذا أوصى له بشيء معين فنما وهذا المذهب مطلقا نص عليه لأن الاعتبار في قيمة الوصية بخروجها من الثلث وعدم خروجها بحالة الموت لأنها حالة لزوم الوصية، وهذا قول الشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافا قاله في الشرح. الشرح الكبير(٣/٥٦١.
(٣) قوله: ((وإن لم يكن له سوى المعين إلخ)) هذا المذهب لأن حقه في الثلث متيقن فوجب تسليم ثلث المعين له وليس له أخذ المعين قبل قدوم الغائب وقبض الدين لأنه ربما تلف فلا تنفذ الوصية في المعين كله وقال مالك يخير الورثة بين دفع العين الموصى بها وبين جعل وصيته ثلث المال لأن الموصي كان له إن يوصي بثلث ماله فعدل إلى العين وليس له ذلك لأنه يؤدي أن يأخذ الموصى له المعين فينفرد بالتركة على تقدير تلف الباقي قبل وصوله إلى الورثة. انظر/ المبدع(٥/٢٧٩-٢٨٠).
(٤) قوله: ((وكذلك المدبر)) أى يعتق في الحال ثلثه وكلما اقتضى من الدين شيء أو حضر من الغائب عتق منه بقدر ثلثه حتى يعتق جميعه إن خرج من الثلث وهذا المذهب. المبدع(٥/٢٨٠).
[فائدة] إذا كان الدين مثل العين فوصى لرجل بثلثه فلا شيء له قبل استيفائه وكلما اقتضى منه شيء فله ثلثه وللابن ثلثاه وهذا أحد قولى الشافعي وقال في الآخر هو أحق بما يخرج من الدين حتى يستوفى وصيته وهذا قول أهل العراق. المبدع(٥/٢٨٠).
(٥) قوله: ((وإن وصى له بثلث عبد إلخ)) يعني له الثلث الباقي إذا حمله الثلث وهذا المذهب وهو قول الشافعي وأصحاب الرأي، فإذا وصى له بعين واستحق بعضه فله ما بقى منه فإذا وصى له بثلث عبد أو دار فاستحق الثلثان منه فالثلث الباقي للموصى له. الشرح الكبير(٣/٥٦٣-٥٦٤).

ثلث الباقي[1]، وإن وصى له بعبد لا يملك غيره قيمته مائة ولآخر بثلث ماله وملكه غير العبد مائتان فأجاز الورثة فللموصي له بالثلث ثلث المائتين وربع العبد وللموصي له بالعبد ثلاثة أرباعه[2] فإن ردوا فقال الخرقي للموصى له بالثلث سدس المائتين وسدس العبد وللموصى له بالعبد نصفه[3]، وعندى أنه يقسم الثلث بينهما على حسب ما لهما في حال الإجازة لصاحب الثلث خمس المائتين وعشر العبد ونصف عشره ولصاحب العبد ربعه وخمسه، وإن كانت الوصية بالنصف مكان الثلث فأجازوا فله مائة وثلث العبد ولصاحب العبد ثلثاه، وإن ردوا فلصاحب النصف ربع المائتين وسدس العبد ولصاحب العبد ثلثه، وقال أبو الخطاب لصاحب النصف خمس المائتين وخمس العبد ولصاحب العبد

«**على حسب ماهما**» أي: على قدر ما لهما بفتح الحاء والسين المهملتين.

---

(١) قوله: «وإن وصى له بثلث ثلاثة أعبد إلخ» وهذا المذهب وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي لأنه لم يوص له من الباقي بأكثر من ثلثه وقد شرك بينه وبين ورثته في استحقاقه. الشرح الكبير(٣/٥٦٣-٥٦٤).

(٢) قوله: «وإن وصى له بعبد لا يملك غيره إلخ» وهذا المذهب أعني في المزاحمة في العبد وقوله وربع العبد أى يشتركان فيه لهذا ثلثه وللآخر جميعه فأبسطه من جنس الكسر وهو الثلث يصير العبد ثلاثة واضمم إليها الثلث الذي للآخر يصير أربعة ثم اقسم أربعة أسهم يصير الثلث ربعا كمسائل العول فيخرج لصاحبه الثلث ما ذكره وللموصي له بالعبد ثلاثة أرباعه. المبدع(٥/٢٨١).

(٣) قوله: «وإن ردوا فقال الخرقي إلخ» كلام الخرقي هو الصحيح من المذهب وعليه أكثر الأصحاب وطريقته أن ترد وصيتهما إلى ثلث المال وهو نصف وصيتهما فيرجع كل واحد إلى نصف وصيته فيرجع صاحب الثلث إلى سدس الجميع ويرجع صاحب العبد إلى نصفه. المبدع(٥/٢٨٢-٢٨٣).

على قوله: «فله مائة» لأنه لا مزاحم له فيها. المبدع(٥/٢٨٢).

على قوله: «وثلث العبد» لأنه موصى له بنصفه وللآخر بكله وذلك نصفان ونصف فيرجع إلى الثلث. المبدع(٥/٢٨٢).

على قوله: «ولصاحب العبد ثلثاه» لرجوع كل نصف إلى ثلث. المبدع(٥/٢٨٢).

على قوله: «ولصاحب العبد ثلثه» لأن من له شيء فيرد إلى نصفه. المبدع(٥/٢٨٢-٢٨٣).

على قوله: «وقال أبو الخطاب إلخ» وهو المذهب. المبدع(٥/٢٨٣).

خمساه[1]، وهو قياس قول الخرقي، والطريق فيها أن تنظر ما حصل لهما في حال الإجازة فتنسب إليه ثلث المال وتعطي كل واحد مما كان له في الإجازة مثل نسبة الثلث إليه[2] وعلى قول الخرقي تنسب الثلث إلى وصيتهما جميعا وتعطي كل واحد مما له في الإجازة مثل تلك النسبة[3]. وإن وصى لرجل بثلث ماله ولآخر بمائة والثالث بتمام الثلث على المائة فلم يزد الثلث عن المائة بطلت وصية صاحب التمام[4] وقسمت الثلث بين الآخرين على قدر وصيتهما، وإن زاد عن المائة فأجــاز الورثة نفــذت الوصية على ما قال

«**مثل نسبة الثلث إليه**» قال ابن القطاع: نَسَبْتُ الإنسانَ نَسَباً ونِسْبة ونسبة: بضم النون وكسرها. وقال الجوهري: النسب: واحد الأنساب، والنسبة، والنسبة، وانتسب إلى أبيه، أي: اعتزى، فيجوز أن يكون هنا بالضم والكسر تشبيهاً بذلك.

«**بتمام الثلث**» التمام: مصدر تم الشيء يتم تماماً، والمراد: ما يتم الثلث مصدر بمعنى: المفعول. والله أعلم.

---

(١) على قوله: «ولصاحب العبد خمساه» لأن الوصية هنا بمائتين وخمسين بالعبد وقيمته مائة وبنصف المال وهو مائة وخمسون ونسبة الثلث إلى ذلك بالخمسين. المبدع(٥ / ٢٨٣).

(٢) على قوله: «مثل نسبة الثلث إليه» لأنه حصل لهما في الإجازة الثلثان ونسبة الثلث إليهما بالنصف فلكل واحد منهما نصف ما حصل له في الإجازة وقد كان لصاحب النصف من المائتين نصفها فله ربعها وكان له من العبد ثلثه فصار له سدسه وكان لصاحب العبد ثلثاه فصار له ثلثه. المبدع(٥ /٢٨٣).

(٣) قوله: «وعلى قول الخرقي إلخ» لأن نسبة الثلث إلى وصيتهما بالخمسين لأن النصف والثلث مائتان وخمسون فالثلث خمسها فلصاحب العبد خمساه لأنه وصيته ولصاحب النصف الخمس لأنه خمساها وصيته. انظر/ المبدع (٥/٢٨٣).

على قوله: «فلم يزد الثلث عن المائة» وذلك إذا كان المال ثلاثمائة. المبدع(٥ /٢٨٣).

(٤) قوله: «بطلت وصية صاحب التمام» أى لأنه لم يوص له بشيء أشبه ما لو أوصى له بدار ولا دار له، ويقسم الثلث في حال الرد بين الوصيين على قدر وصيتهما. المبدع (٥ /٢٨٣،٢٨٤).

على قوله: «وإن زاد» أى الثلث. المبدع(٥ /٢٨٤).

على قوله: «عن المائة» كأن يكون المال ستمائة. المبدع(٥ /٢٨٤).

الموصي[1]، وإن ردوا فلكل واحد نصف قيمته عندي[2]. وقال القاضي: ليس لصاحب التمام شيء حتى تكمل المئة لصاحبها ثم يكون له ما فضل عنها[3] ويجوز أن يزاحم به ولا يعطيه كوالد الأب مع ولد الأبوين في مزاحمة الجد.

باب الوصية بالأنصباء والأجزاء

إذا وصى له بمثل نصيب وارث معين فله مثل نصيبه مضموماً إلى المسألة[4] فإذا وصى له بمثل نصيب ابنه وله ابنان فله الثلث[5] وإن كانوا ثلاثة فله الربع، وإن كان معهم بنت فله التسعان[6]، وإن وصى له بنصيب ابنه فكذلك في أحد

---

(١) قوله: «نفذت الوصية على ما قال الموصي» أى فيأخذ صاحب الثلث مائتين وكل من الوصيين مائة. المبدع(٥ /٢٨٤).

(٢) قوله: «وإن ردوا إلخ» أى في اختيار المؤلف لأن الوصايا رجعت إلى نصفها فدخل النقص على كل واحد بقدر ماله في الوصية كسائر الوصايا. المبدع(٥ /٢٨٤).

(٣) قوله: «وقال القاضي إلخ» أى لأنه إنما استحق بعد تمام المائة لصاحبها ولم يفضل له ههنا شيء فعلى قوله لصاحب الثلث نصفه ولصاحب المائة مائة ولصاحب التمام نصف ما فوق المائتين قال في المحرر وهو الصحيح. المبدع(٥ /٢٨٤).

على قوله: «ويجوز أن يزاحم به» هذا من تمام قول القاضي. انظر/ المبدع(٥ /٢٨٤).

(٤) قوله: «إذا وصى له بمثل نصيب وارث معين إلخ» هذا المذهب وهو قول الجمهور وبه قال أبو حنيفة والشافعي، وقال مالك وابن أبي ليلى وزفر وداود يعطي مثل نصيب المعين أو مثل نصيب أحدهم إن كانوا يتساوون من أصل المال غير مزيد ويقسم الباقي بين الورثة لأن نصيب الوارث قبل الوصية من أصل المال فلو وصي بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد فالوصية بجميع المال وإن كان له ابنان فالوصية بالنصف وإن كانوا ثلاثة فله الثلث. ثم قال مالك إن كانوا يتفاضلون نظر إلى عدد رءوسهم فأعطى سهما من عددهم لأنه لا يمكن اعتبار أنصبائهم لتفاضلهم فاعتبر عدد رءوسهم . ولنا أنه جعل وارثه أصلا وقاعدة حمل عليه نصيب الموصي له وجعل مثلا له وهذا يفضى إلى أن لا يزاد أحدهما على صاحبه، ومتى أعطى من أصل المال فما أعطى مثل نصيبه ولا حصل التسوية والعبارة تقتضى التسوية. الشرح الكبير(٣ /٥٦٩).

(٥) قوله: «فإذا وصى له بمثل نصيب ابنه وله ابنان فله الثلث» على المذهب لأن ذلك مثل ما يحصل لابنه لأن الثلث إذا خرج بقى ثلث المال لكل ابن ثلث. المبدع(٥ /٢٨٦).

(٦) قوله: «فإن كان معهم بنت إلخ» أى لأن المسألة من سبعة لكل ابن سهمان وللأنثى سهم ويزاد عليها مثل نصيب ابن فتصير تسعة فالاثنان منها تسعان وعلم منه أنه لابد أن يكون الموصي له بمثل نصيبه وارثاً فلو كان رقيقاً أو قاتلا أو محجوبا لم =

الوجهين[1]، وفي الآخر لا تصح الوصية. وإن وصى بضعف نصيب ابنه أو بضعفيه فله مثله مرتين[2]. وإن وصى بثلاثة أضعافه فله ثلاثة أمثاله. هذا هو

«**وإن وصى بضعف نصيب ابنه، أو بضعفيه**» الضعف: بكسر الضاد: المثل في أصل اللغة، قال الجوهري: وضعف الشيء: مثله. وضعفاه: مثلاه، وأضعافه: أمثاله. وقال الأزهري: فأما أهل اللغة، فالضعف عندهم في الأصل: المثل. فإذا قيل: ضعفت الشيء، وضاعفته، وأضعفته: جعل الواحد اثنين، ولم يقل أحد من أهل اللغة في قوله تعالى: ﴿ يُضَٰعَفۡ لَهَا ٱلۡعَذَابُ ضِعۡفَيۡنِ ﴾ [الأحزاب: ٣٠] أي: يجعل الواحد ثلاثة أمثاله، غير أبي عبيدة، وهو غلط عند أهل العلم باللغة. وقال أبو عبيد القاسم بن سلام: الضعف: المثل، كقولهما. وقال أبو عبيدة معمر ابن المثنى: ضعف الشيء: هو ومثله. وضعفاه: هو ومثلاه. وثلاثة أضعافه: أربعة أمثاله، وعلى هذا. وقال أبو ثور: ضعفاه: أربعة أمثاله، وثلاثة أضعافه: ستة أمثاله. قال المصنف رحمه الله تعالى في «المغني»: وهو ظاهر الفساد، لما فيه من مخالفة الكتاب، والعرف، وأهل العربية [3].

= يصح. المبدع(٥ /٢٨٦).

(١) قوله: «وإن وصى له بنصيب ابنه إلخ» وهو المذهب وهو قول مالك وأهل المدينة واللؤلؤي وأهل البصرة وابن أبي ليلى وزفر وداود، والثاني لا تصح وهو قول أصحاب الشافعي وأبي حنيفة وصاحبيه لأنه أوصى بما هو حق للابن فلم يصح كما لو قال بدار ابني، ولنا أنه أمكن تصحيح وصيته بحمل لفظه على مجازه فتصح كما لو طلق بلفظ الكناية أو أعتق، وبيان إمكان التصحيح إنه أمكن حذف المضاف وإقامة المضاف إليه مقامه. الشرح الكبير (٥٦٧/٣).

[فائدة] لو وصى بمثل نصيب ولده وله ولد وبنت فله مثل نصيب البنت نقله ابن الحكم واقتصر عليه في الفروع.

(٢) قوله: «وإن وصى بضعف نصيب ابنه إلخ» ما قاله المصنف هو قول أبي عبيد والجوهري لقوله تعالى: ﴿ إِذٗا لَّأَذَقۡنَٰكَ ضِعۡفَ ٱلۡحَيَوٰةِ وَضِعۡفَ ٱلۡمَمَاتِ ﴾ وقوله: ﴿ فَأُوْلَٰٓئِكَ لَهُمۡ جَزَآءُ ٱلضِّعۡفِ ﴾ وقد صح أن عمر رضى الله عنه ضعف الزكاة على نصارى بني تغلب فكان يأخذ من المائتين عشرة فدل ما ذكرنا أن الضعف مثلان. المبدع(٥ /٢٨٦-٢٨٧).

(٣) نعم، هكذا ذكره شيخ الإسلام موفق الدين المقدسي. انظر/ المغني (٧٦/٦).

الصحيح عندي. وقال أصحابنا ضعفاه ثلاثة أمثاله وثلاثة أضعافه أربعة أمثاله[1] كلما زاد ضعفا زاد مرة واحدة. وإن وصى بمثل نصيب أحد ورثته ولم يسمه كان له مثل ما لأقلهم نصيبا[2] فلو كانوا ابنا وأربع زوجات صحت من اثنين وثلاثين لكل زوجة سهم وللوصي سهم يزاد عليها فتصير من ثلاثة وثلاثين، وإن وصى بمثل نصيب وارث لو كان فله مثل ماله لو كانت الوصية وهو موجود[3]، فإن كان الوارث أربعة بنين فللوصي السدس[4] وإن كانوا ثلاثة فله

---

(١) قوله: «وقال أصحابنا إلخ» هذا المذهب وهو قول الشافعي وأبي عبيدة معمر بن المثنى. وأجاب في المغني والشرح بقوله: ﴿ فَـَٔاتَتۡ أُكُلَهَا ضِعۡفَيۡنِ ﴾ قال عكرمة تحمل في كل عام مرتين وأنه لا خلاف بين المفسرين فيما علمنا في تفسير قوله تعالى: ﴿ يُضَـٰعَفۡ لَهَا ٱلۡعَذَابُ ضِعۡفَيۡنِ ﴾ أن المراد مرتين وقد دل عليه قوله تعالى: ﴿ نُّؤۡتِهَآ أَجۡرَهَا مَرَّتَيۡنِ ﴾ ومحال أن يجعل أجرها على العمل الصالح مرتين وعذابها على الفاحشة ثلاث مرات. فإن الله تعالى إنما يزيد تضعيف الحسنات على السيئات هذا هو المعهود من فضله وكرمه. وقول أبي عبيدة خالفه غيره قال ابن عرفة لا أحب قوله ورده بالآية. وحينئذ الضعف محل وفاق. الشرح الكبير(٣ /٥٦٧).

(٢) قوله: «وإن وصى بمثل نصيب أحد ورثته إلخ» وجملته أنه إذا أوصى بمثل نصيب أحدهم غير مسمى فإن كان الورثة يتساوون في الميراث كالبنين فله مثل نصيب أحدهم مزادا على الفريضة وإن كانوا يتفاضلون كهذه المسألة فله مثل نصيب أقلهم ميراثا يزاد على فريضتهم هذا قول الجمهور وبه قال أبو حنيفة والشافعي لأنه اليقين وما زاد مشكوك فيه. الشرح الكبير(٣ /٥٦٨).

على قوله: «صحت من اثنين وثلاثين» لأن أصل المسألة من ثمانية للزوجات سهم لا يصح عليهن ولا يوافق فاضرب عددهن في ثمانية تبلغ اثنين وثلاثين. المبدع(٥ /٢٨٧).

بعد قوله: «لكل زوجة سهم» وللابن ثمانية وعشرون. المبدع(٥ /٢٨٧).

(٣) قوله: «وهو موجود» أي يقدر الوارث موجودا فانظر ما للموصى له مع وجوده فهو له مع عدمه وطريقه أن تنظر كم مسألتهم مع عدم الوارث ثم كم تصح مع وجوده ثم تضرب إحداهما في الأخرى ثم تقسم ما ارتفع على مسألة الوجود فما خرج بالقسمة أضعفته إلى ما ارتفع من الضرب وهو للموصي له واقسم ما ارتفع بين الورثة. المبدع(٥ /٢٨٨).

(٤) قوله: «فللوصي السدس» أي لأن المسألة مع عدم الخامس المقدر وجوده من أربعة ومع وجوده من خمسة فتضرب إحداهما في الأخرى تكن عشرا تقسمها على خمسة يخرج لكل سهم أربعة فتضيفها إلى العشرين تصير أربعة وعشرين للموصى له أربعة وهي السدس ولكل ابن خمسة وهي ثمن ونصف سدس. المبدع(٥ /٢٨٨). =

الخمس ولو كانوا أربعة فأوصى بمثل نصيب خامس لو كان إلا مثل نصيب سادس لو كان فقد أوصى بالخمس إلا السدس بعد الوصية فيكون له سهم يزاد على ثلاثين سهما وتصح من اثنين وستين له منها سهمان ولكل ابن خمسة عشر.

فصل في الوصية بالأجزاء

إذا وصى له بجزء أو حظ أو نصيب أو شيء فللورثة أن يعطوه ما شاءوا[1] وإن وصى له بسهم من ماله ففيها ثلاث روايات[2]: إحداهن له سدس بمنزلة سدس مفروض إن لم تكمل فروض المسألة أو كانوا عصبة أعطى سدساً كاملاً وإن كملت فروضها أعيلت به وإن عالت أعيل معها، والثانية له سهم مما تصح منه المسألة ما لم يزد على السدس[3]، والثالثة: له مثل نصيب أقل الورثة ما لم يزد

«**بجزء أو حظ**» الجزء: الحظ، والسهم: بمعنى النصيب، وعن إياس بن معاوية: السهم في كلام العرب: السدس.

«**وإن كملت فروض المسألة**» كملت: مثلث الميم عن غير واحد من أهل اللغة.

= على قوله: (فله الخمس» ولو كانوا اثنين فله الربع. المبدع(٥ /٢٨٨).

(١) قوله: «إذا أوصى له بجزء أو حظ إلخ» هذا بغير خلاف نعلمه لأن ما يعطونه يقع عليه الاسم كقوله أعطوا فلانا من مالى لكونه لا حد له في اللغة ولا في الشرع لكن شرطه أن يكون ما يتمول. المبدع(٥ /٢٨٩).

(٢) قوله: «وإن وصى لهم بسهم من ماله إلخ» الأولى هى المذهب لما روى ابن مسعود رضى الله عنه أن رجلاً أوصى لآخر بسهم من المال فأعطاه النبي ﷺ السدس، وهو قول على وابن مسعود رضي الله عنهما وبه قال الحسن وإياس بن معاوية والثورى. انظر/ الشرح الكبير(٣ /٥٧٠).

على قوله: «إن لم تكمل فروض المسألة» كبنت وبنت ابن. المبدع(٥ /٢٩٠).

على قوله: «أو كانوا عصبة» كالبنين أو الإخوة. المبدع(٥ /٢٩٠).

(٣) قوله: «والثانية إلخ» أى مضافا إليها وهو قول شريح لأن سهما ينصرف إلى سهام فريضة أشبه ما لو قال فريضتي أو كذا سهما منها لك، قال القاضي وتبعه المؤلف ما لم يزد على السدس فإن زاد عليه فله السدس لأنه متحقق. المبدع(٥ /٢٩٠).

على قوله: «مما تصح منه المسألة» مضافاً إليها. المبدع(٥ /٢٩٠).

على السدس[1] وإن وصى له بجزء معلوم كثلث أو ربع أخذته من مخرجه فدفعته وقسمت الباقي على مسألة الورثة إلا أن يزيد على الثلث ولا يجيزوا له فتفرض له الثلث وتقسم الثلثين عليها[2]، وإن وصي بجزأين أو أكثر أخذهما من مخرجها وقسمت الباقي على المسألة فإن زادت على الثلث ورد الورثة جعلت السهام الحاصلة للأوصياء ثلث المال ودفعت الثلثين إلى الورثة، فلو وصى لرجل بثلث ماله ولآخر بربعه وخلف ابنين أخذت الثلث والربع من مخرجهما سبعة من اثني عشر وبقي خمسة للابنين إن أجازا وإن ردا جعلت السبعة ثلث المال فتكون المسألة من إحدى وعشرين، وإن أجازا لأحدهما دون الآخر أو أجاز كل واحد لواحد فاضرب وفق مسألة الإجازة وهو ثمانية في مسألة الرد تكن مائة وثمانية وستين للذي أجيز له سهمه من مسألة الإجازة مضروب في وفق مسألة الرد

---

(١) قوله: «والثالة إلخ» أي، مضمومًا إليها وهو قول أبي حنيفة لأن السهم يطلق ويراد به النصيب والنصيب هنا هو نصيب الورثة، قال الشافعي وابن المنذر: يعطيه الورثة ما شاءوا لأن ذلك يقع عليه اسم السهم فأشبه ما لو وصى له بجزء أو حظ. وقال المصنف في المغني والشارح: والذي يقتضيه القياس فيما إذا أوصى بسهم من ماله أنه إن صح أن السهم في لسان العرب السدس أو صح الحديث المذكور فهو كما لو وصى بسدس ماله وإلا فهو كما وصى له بجزء من ماله، على ما اختاره الشافعي وابن المنذر. الشرح الكبير (٣/٥٧٠).

على قوله: «مثل نصيب أقل الورثة» مضمومًا إليها. المبدع (٥/٢٩٠).

(٢) قوله: «وتقسم الثلثين عليها» أى على مسألة الورثة فإن انقسمت فظاهر وإن لم تنقسم ضربت المسألة أو وفقها في مخرج الوصية فما بلغ فمنه تصح، وظاهره أنهم إذا أجازوا أنها تنفذ في الموصي به مطلقاً. المبدع(٥ /٢٩٢).

على قوله: «للأوصياء ثلث المال» لتقسم ذلك بين الأوصياء بلا كسر. انظر/ المبدع(٥/ ٢٩٢).

على قوله: «ودفعت الثلثين إلى الورثة» لأنه حقهم. المبدع(٥ /٢٩٢).

على قوله: «أخذت الثلث والربع من مخرجهما سبعة من اثني عشر» لأن مخرج الثلث من ثلاثة والربع من أربعة فإذا ضربت أحدهما في الآخر كانت اثني عشر فثلثها وربعها سبعة. المبدع(٥ /٢٩٢).

على قوله: «وبقى خمسة للابنين إن أجازا» وتصح من أربعة وعشرين لصاحب الثلث ثمانية ولصاحب الربع ستة يبقى عشرة للابنين. انظر/ المبدع(٥ /٢٩٢-٢٩٣).

وللذي رد عليه سهمه من مسألة الرد في وفق مسألة الإجازة والباقي للورثة وللذي أجاز لهما نصيبه من مسألة الإجازة في وفق مسألة الرد وللآخر سهمه من مسألة الرد في وفق مسألة الإجازة والباقي بين الوصيتين على سبعة.

فصل

وإن زادت الوصايا على المال عملت فيها عملك في مسائل العول، فإذا وصى بنصف وثلث وربع وسدس أخذتها من اثني عشر وعالت إلى خمسة عشر فتقسم المال كذلك إن أجيز لهما أو الثلث إن رد عليهم، وإن وصى لرجل بجميع ماله ولآخر بنصفه فالمال بينهما على ثلاثة إن أجيز لهما والثلث على ثلاثة مع الرد، فإن أجيز لصاحب المال وحده فلصاحب النصف التسع والباقي لصاحب المال في أحد الوجهين، والآخر ليس له إلا ثلثا المال التي كانت في حال الإجازة لهما يبقى التسعان للورثة، وإن أجازوا لصاحب الصنف وحده فله النصف في الوجه الأول وفي الآخر له الثلث ولصاحب المال التسعان، وإن أجاز أحد الابنين لهما فسهمه بينهما على ثلاثة، وإن أجاز لصاحب المال وحده دفع إليه كل ما في يده أو ثلثه على اختلاف الوجهين، فإن أجاز لصاحب النصف دفع إليه نصف ما في يده ونصف سدسه أو ثلثه.

«**ليس له إلا ثلثا المال التي كانت لهما**» كذا بخط المصنف رحمه الله تعالى. والأصل أن يقول: اللتان كانتا، لأن الصفة والضمير يشترط مطابقة كل واحد منهما من هو له، وإنما أفردا، وأنثا باعتبار المعنى، أي: السهام الستة التي كانت له.

«**وإن أجاز لصاحب النصف وحده دفع إليه نصف ما في يده، ونصف سدسه، أو ثلثه**» يجوز رفع «نصف ما في يده» ونصبه، بناء على رفع الفاعل والمفعول، فأما «أو ثلثه» فمعطوف بالرفع، والنصب، ولا يجوز جره، لفساد المعنى بذلك، ويظهر ذلك بالعمل.

فصل في الجمع بين الوصية بالأجزاء والأنصباء

إذا خلف ابنين ووصى لآخر بثلث ماله ولآخر بمثل نصيب ابن ففيها وجهان: أحدهما: لصاحب النصيب ثلث المال عند الإجازة، وعند الرد يقسم الثلث بين الوصيين نصفين. والثاني: لصاحب النصيب مثل ما يحصل لابن وهو ثلث الباقي وذلك التسعان عند الإجازة، وعند الرد يقسم الثلث بينهما على خمسة. وإن كان الجزء الموصى به النصف خرج فيها وجه ثالث وهو أن يكون لصاحب النصيب في حال الإجازة ثلث الثلثين، وفي الرد يقسم الثلث بينهما على ثلاثة عشر سهما لصاحب النصف تسعة ولصاحب النصيب أربعة. وإن وصى لرجل بمثل نصيب أحدهما ولآخر بثلث باقي المال فعلى الوجه الأول لصاحب النصيب ثلث المال وللآخر ثلث الباقي تسعان والباقي للورثة، وعلى الوجه الثاني يدخلها الدور. ولعملها طرق: أحدها أن تجعل المال ثلاثة أسهم ونصيبا تدفع النصيب إلى الموصى له بنصيب ابن وللآخر ثلث الباقي سهم يبقى سهمان لكل ابن سهم وذلك هو النصيب فصحت من أربعة. وبالجبر تأخذ مالا تلقى منه نصيبا وثلث الباقي يبقى ثلثا مال إلا ثلثي نصيب تعدل نصيبين أجبرها بثلثي نصيب ورد مثل ذلك على النصيبين يبقى ثلثا مال تعدل نصيبين وثلثين ابسط الكل أثلاثا من جنس الكسر يصير مالين تعدل ثمانية أنصباء اقلب فاجعل المال ثمانية والنصيب اثنين. وإن شئت قلت للابنين سهمان ثم تقول هذا مال ذهب ثلثه فزد عليه مثل نصفه يصير ثلاثة ثم زد مثل نصيب ابن يصير أربعة، وإن كانت وصية الثاني بثلث ما يبقى من النصف فبالطريق الأولى تجعل المال ستة ونصيبين تدفع النصيب إلى الموصى له به وإلى الآخر ثلث بقية النصف سهما وإلى أحد الابنين نصيبا بقي خمسة للابن الآخر فالنصيب خمسة والمال ستة عشر. وبالجبر تأخذ مالا وتلقي منه نصيبا وثلث باقي النصف يبقى خمسة أسداس مال إلا ثلثي نصيب تعدل نصيبين. اجبرها تكن خمسة أسداس مال تعدل نصيبين وثلثين ابسط الكل أسداسا واقلب وحـــول يصر المال ستة عشر والنصيب خمسة،

«**تصير ما ليس يعدل**» و لم يقل: يعدلان، لأنه أعاد الضمير إلى الأثلاث، والله أعلم.

وإن خلف أما وبنتا وأختا وأوصى لرجل بمثل نصيب الأم وسبع ما بقى ولآخر بمثل نصيب الأخت وربع ما بقى ولآخر بمثل نصيب البنت وثلث ما بقى فقل مسألة الورثة من ستة وهى بقية مال ذهب ثلثه فزد عليه مثل نصفه ثلاثة ثم زد بمثل نصيب البنت يكن اثني عشر فهو بقية مال ذهب ربعه فزد عليه ثلثه ومثل نصيب الأخت صارت ثمانية عشر فهو بقية مال ذهب سبعه فزد عليه سدسه ومثل نصيب الأم يكن اثنين وعشرين. وإن خلف ثلاثة بنين وأوصى بمثل نصيب أحدهم إلا ربع المال فخذ مخرج الكسر أربعة وزد عليه ربعه يكن خمسة فهو نصيب كل ابن، وزد على عدد البنين واحدا واضربه في مخرج الكسر تكن ستة عشر أعط الموصى له نصيبا وهو خمسة واستثن منه ربع المال أربعة يبقى له سهم ولكل ابن خمسة. وإن قال إلا ربع الباقي بعد النصيب فزد على عدد البنين سهما وربعا واضربه في المخرج يكن سبعة عشر له سهمان ولكل ابن خمسة. وإن قال إلا ربع الباقي بعد الوصية جعلت المخرج ثلاثة وزدت عليه واحدا يكن أربعة فهو النصيب وزدت على سهام البنين سهما وثلثا وضربته في ثلاثة يكن ثلاثة عشر سهما له سهم ولكل ابن أربعة. ولا يليق بهذا الكتاب التطويل بأكثر من هذا.

باب الموصى إليه

تصح وصية المسلم إلى كل مسلم عاقل عدل[1] وإن كان عبدا أو ....

---

(١) قوله: «تصح وصية المسلم إلى كل مسلم إلخ» تصح الوصية إلى الرجل العاقل الحر المسلم العدل إجماعاً وشمل قوله عدل العدل العاجز إذا كان أمينا فأما العبد فتصح الوصية إليه، قال ابن حامد سواء كان عبد نفسه أو عبد غيره وبه قال مالك وقال النخعي والأوزاعي وابن شبرمة: تصح إلى عبده ولا تصح إلى عبد غيره وقال أبو حنيفة تصح إلى عبده نفسه إذا لم يكن في ورثته رشيد. وقال أبو يوسف والشافعي لا تصح الوصية إلى عبد بحال لأنه لا يكون وليا على ابنه بالنسب فلا يجوز أن يلي الوصية. ولنا أنه يصح استنابته في الحياة فصح أن يوصى إليه كالحر وقياسهم يبطل بالمرأة. والخلاف في المكاتب والمدبر والمعتق بعضه كالخلاف في العبد القن. الشرح الكبير(٣ /٥٨٥).

[فائدة] ظاهر كلام المصنف رحمه الله تعالى عدم صحة وصية المسلم إلى كافر وهو =

مراهقاً[1] أو امرأة[2] أو أم ولد[3] ، ولا تصح إلى غيرهم[4]، وعنه تصح إلى الفاسق ويضم الحاكم إليه أمينا، فإن كانوا على غير هذه الصفات ثم وجدت عند الموت فهل تصح؟ على وجهين[5]. وإذا أوصى إلى واحد وبعده إلى آخر فهما وصيتان إلا أن يقول قد أخرجت الأول، وليس لأحدهما الانفراد بالتصرف

المراهق: بكسر الهاء، القريب من الاحتلام، يقال: رهق، وراهق: إذا قارب الاحتلام.

= صحيح وهو المذهب وعليه الأصحاب. انظر/ الإنصاف(٧/ ٢٧٠).

(١) قوله: «أو مراهقاً» قطع المصنف هنا بصحة الوصية إلى المراهق وهو إحدى الروايتين قال القاضي قياس المذهب صحة الوصية إلى المميز وعنه لا تصح الوصية إليه حتى يبلغ وهو المذهب اختاره المصنف والشارح والمجد وغيرهم لأنه ليس من أهل الشهادة والإقرار وهو مولى عليه فلم يكن من أهل الولاية وهذا مذهب الشافعي. المبدع(٥ /٣٠٧).

(٢) قوله: «أو امرأة» هذا قول جمهور العلماء روي ذلك عن شريح وبه قال مالك والثورى والأوزاعي والحسن بن صالح وإسحاق والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ولم يجزه عطاء لأنها لا تكون قاضية وجوابه بأن عمر رضى الله عنه أوصى إلى حفصة ولأنها من أهل الشهادات. الشرح الكبير(٣ /٥٨٦).

(٣) قوله: «أو أم ولد» نص عليه لأنها تكون حرة من أصل المال عند نفوذ الوصية. المبدع(٥ /٣٠٧).

(٤) قوله: «ولا تصح إلى غيرهم» أى لأن المجنون والطفل ليسا أهلا للتصرف في أموالهما فلا يليان على غيرهما، وأما الفاسق فعن أحمد رحمه الله تعالى أن الوصية إليه لا تصح وهو المذهب وبه قال مالك والشافعي لأنه ليس بأمين ولا من أهل الشهادة وعنه تصح ويضم الحاكم إليه أمينا وكذا لا تصح إلى من لا يهتدي إلى التصرف لسفه أو مرض أو هرم ونحوه. انظر/ الشرح الكبير (٣/٥٨٦).

(٥) قوله: «وإن كانوا على غير إلخ» اعلم أن في هذه المسألة أوجها: أحدها يشترط وجود هذه الصفات عند الوصية والموت وما بينهما، والثاني يكفي وجودها عند الموت فقط وهو أحد وجهي المصنف، والثالث يعتبر وجودها عند الموت فقط وهذا المذهب ونصره المصنف والشارح وقدمه في النظم والفروع ويحتمله الوجه الثاني للمصنف لأنها شروط العقد فيعتبر حال وجوده كسائر العقود، والرابع يكفي وجودها عند الوصية فقط. المبدع(٥ /٣٠٨).

إلا أن يجعل ذلك إليه[1]، فإن مات أحدهما أقام الحاكم مقامه أمينا[2]، وكذلك إن فسق[3]، وعنه يضم إليه أمين، ويصح قبوله للوصية في حياة الموصي وبعد موته، وله عزل نفسه متى شاء[4]، وعنه ليس له ذلك بعد موته. وللموصي عزله متى شاء، وليس للموصي أن يوصي إلا أن يجعل ذلك إليه[5]، وعنه له ذلك. ولا

---

(١) قوله: «وليس لأحدهما الانفراد بالتصرف إلخ» أى سواء أوصى معا أو على التعاقب لأنه لم يرض بنظره وحده كالوكيلين وبه قال مالك والشافعي وقال أبو يوسف له ذلك لأن الوصية والولاية لا تتبعض فإن جعل النظر إليه انفرد بالتصرف نص عليه، وعلى الأول متى تعذر اجتماعهما أقام الحاكم مكان الغائب أمينا، فلو اختلفا عند من يكون المال منهما جعل في مكان يكون تحت أيديهما جميعاً وقال مالك يجعل عند أعدلهما وقال أصحاب الرأي يقسم بينهما وهو منصوص الشافعي. الشرح الكبير(٣ /٥٨٧).

(٢) قوله: «وإن مات أحدهما إلخ» وكذا إن وجد منه ما يوجب عزله لأن الموصي لم يرض بنظره وحده فلو أراد الحاكم أن يكتفي بالثاني لم يجز وإن وجد منهما ما يقتضى المنع فللحاكم أن ينصب مكانهما وفي الاكتفاء بواحد وجهان ومحل ما ذكره المؤلف ما إذا أطلق فإن جعل لكل منهما التصرف لم يجز للحاكم إقامة اثنين. المبدع(٥ /٣٠٩).

(٣) قوله: «وكذلك إن فسق» اعلم أن الصحيح من المذهب أن الفاسق لا تصح الوصية إليه وينعزل إذا طرأ عليه الفسق فعلى هذا يقيم الحاكم مقامه أمينا وهذا قول الثورى والشافعي وإسحاق. الشرح الكبير(٣ /٥٨٨).

[فائدة] لو وصى إليه قبل أن يبلغ ليكون وصيا بعد بلوغه أو حتى يحضر فلان أو إن مات فلان ففلان وصى صح ويصير الثاني وصيا عند الشرط ذكره الأصحاب ويسمى الوصى المنتظر لأنه ﷺ قال في جيش مؤتة «أميركم زيد فإن قتل فأميركم جعفر فإن قتل فأميركم عبد الله بن رواحة» والوصية في معنى التأمير وكذا لو قال أوصيت إليه سنة ثم إلى فلان. انظر/ الإنصاف (٧/٢٨٦).

(٤) قوله: «وله عزل نفسه متى شاء» هذا المذهب مطلقاً أى مع القدرة والعجز في حياة الموصي وبعد موته في حضوره وغيبته، وبه قال الشافعي، لأنه متصرف بالإذن كالوكيل وعنه ليس له ذلك بعد موته بحال ولا قتله إذا لم يعلمه بذلك وبه قال أبو حنيفة لأنه غره بالتزام وصيته ومنعه بذلك الإيصاء إلى غيره. وعنه ليس له ذلك بعد موته لما ذكرناه. الشرح الكبير(٣ /٥٨٩، المبدع(٥ /٣١٠-٣١١).

(٥) قوله: «وليس للوصي أن يوصي إلخ» وجملته أنه إذا أوصى لرجل وأذن له في الإيصاء إلى من شاء صح وبه قال أكثر أهل العلم لأنه مأذون له في الإذن في التصرف فإن وصى إليه وأطلق فلم يأذن له ولم ينهه ففيه روايتان إحداهما ليس له ذلك وهى المذهب وهى مذهب الشافعي وإسحاق لأنه تصرف بتوليته فلم يكن له التفويض كالوكيل. والثانية له أن يوصي إلى غيره وهو مذهب مالك وأبي حنيفة وأبي يوسف لأن الأب أقامه مقام نفسه. الشرح الكبير(٣ /٥٨٩، المبدع(٥ /٣١١). =

تصح الوصية إلا في معلوم يملك الموصى فعله كقضاء الدين وتفريق الوصية والنظر في أمر الأطفال، وإذا أوصى إليه في شيء لم يصر وصيا في غيره[1]، وإذا أوصى إليه بتفريق ثلثه فأبى الورثة إخراج ثلث ما في أيديهم أخرجه كله مما في يده[2]. وعنه يخرج ثلث ما في يده ويحبس باقيه حتى يخرجوا، وإن أوصاه بقضاء دين معين فأبى ذلك الورثة قضاه بغير علمهم[3]، وعنه في من عليه دين لميت وعلى الميت دين أنه يقضي دين الميت إن لم يخف تبعة[4]

«**وإن لم يخف تبعة**» التبعة، والتبعة، والتباعة: ما يتبع به الإنسان من غرامة، والله أعلم.

= [تنبيهان]: شمل قوله: «ولا تصح الوصية إلا في معلوم إلخ» الإيصاء بتزويج موليته ولو كانت صغيرة وهو صحيح وله إجبارها كالأب على الصحيح من المذهب في ذلك قال المجد في شرحه بعد ذكر الخلاف في الوصية بالنكاح: وعلى هذا تصح الوصية بالخلافة من الإمام، وبه قال الشافعي، قال في الإنصاف وقطع به الحارثي وغيره. الإنصاف(٧/٢٧٩-٢٨٠، الشرح الكبير(٣ /٥٩٠).

(الثاني) قوله: «والنظر في أمر الأطفال» أنه لا يصح أن يجعله وصيا على البالغ الرشيد من أولاده وغيرهم من الوارث وهو صحيح، ومفهوم قوله: «يملك الموصي فعله»، أنه لا يصح الإيصاء بما لا يملك فعله وهو صحيح فلا يصح وصية المرأة بالنظر في حق أولادها الأصاغر ونحو ذلك قاله في الوجيز وغيره. انظر/ الإنصاف(٧/٢٨٠).

(١) قوله: «وإذا أوصى إليه في شيء إلخ» وهذا قول الشافعي لأنه استفاد التصرف بالإذن من جهته فكان مقصورا على ما أذن فيه كالوكيل. وقال أبوحنيفة يكون وصيا في كل ما يملكه الموصي لأن هذه ولاية تنتقل من الأب بموته فلا تتبعض كولاية الجد. وأجيب بأن ولاية الجد ممنوعة ثم تلك ولاية استفادها بقرابته وهي لا تتبعض والإذن يتبعض. الشرح الكبير(٣ /٥٩١).

(٢) قوله: «وإذا أوصى إليه بتفريق ثلثه إلخ» وكذا لو جحدوا ما في أيديهم وهذا المذهب نص عليه؛لأن حق الموصى له يتعلق بأجزاء التركة، فجاز أن يدفع إليه مما في يده كما يدفع إلى بعض الورثة. المبدع (٥/٣١٣).

[فائدة] لو ظهر دين يستغرق التركة أو جهل موصى له فتصدق بجميع الثلث ثم ثبت ذلك لم يضمن على الصحيح من المذهب، وقال في الرعاية الكبرى: قلت بل يرجع به لوفاء الدين. الإنصاف (٧/٢٨١).

(٣) قوله: «وإن أوصاه بقضاء دين معين إلخ» يعني إذا جحدوا الدين وتعذر ثبوته أو أبوا الدفع وهذا المذهب لأنه واجب سواء رضوا به أو أبوه لأنه لا حق لهم إلا بعد وفاء الدين، وعنه لا يقضيه بغير علمهم إلا ببينة. المبدع(٥ /٣١٣).

(٤) على قوله: «وإن لم يخف تبعة» يعني إذا خاف أن يطلبه الورثة بما عليه وينكروا الدين على مورثهم فلا يقضيه لأنه يأمن رجوعهم عليه وإن لم يخف قضى. المبدع(٥/٣١٤).

وتصح وصية الكافر[١] إلى مسلم وإلى من كان عدلا في دينه[٢]، وإذا قال ضع ثلثي حيث شئت أو أعطه من شئت لم يجز له أخذه ولا دفعه إلى ولده[٣]، ويحتمل جواز ذلك لتناول اللفظ له. وإذا دعت الحاجة إلى بيع بعض العقار لقضاء دين الميت أو حاجة الصغار وفي بيع بعضه ضرر فله البيع على الكبار والصغار[٤]، ويحتمل أنه ليس له البيع على الكبار وهو أقيس[٥].

---

(١) على قوله: «وتصح وصية الكافر إلى مسلم» بلا نزاع لكن يشترط أن لا يكون في تركته خمر ولا خنزير. انظر الإنصاف (٧/٢٨٣).

(٢) قوله: «وإلى من كان عدلاً في دينه» يعني أن وصية الكافر إلى كافر تصح إذا كان عدلا في دينه، وهذا المذهب وهو قول أصحاب الرأي لأنه يلي بالنسب فيلي بالوصية فإن لم يكن الكافر عدلا لم تصح الوصية إليه لأن عدم العدالة تمنع في المسلم فالكافر أولى. الشرح الكبير (٣ /٥٩٢).

(٣) قوله: «وإذا قال ضع ثلثي إلخ» هذا المذهب وعليه أكثر الأصحاب ونص عليه قال أحمد إذا كان في يده مال للمساكين وأبواب البر وهو محتاج إليه فلا يأكل منه شيئاً إنما أمر بتنفيذه وبهذا قال مالك والشافعي وقال أبو ثور وأصحاب الرأي له أخذه لنفسه وولده ويحتمل جواز ذلك عندنا أيضاً لتناول اللفظ له ويحتمل جواز ذلك مع القرينة فقط، واختار المصنف والمجد جواز دفعه إلى ولده قال الحارثي وهو المذهب. الشرح الكبير (٣ /٥٩٣).

[تنبيه] مفهوم قوله: «لم يجز أخذه ولا دفعه لولده» جواز أخذ والده وأقاربه الوارثين سواء كانوا أغنياء أو فقراء وهذا اختيار المصنف والمجد قال الحارثي وهو المذهب، والصحيح من المذهب أنه لا يجوز دفعه إليهم نص عليه كولده. الإنصاف(٧/٢٨٤).

[فائدة] قال في الفائق وليس له دفعه إلى ورثة الموصى ذكره المجد في شرح الهداية ونص عليه وقاله الحارثي. الإنصاف (٧/٢٨٤).

(٤) قوله: «وإذا دعت الحاجة إلخ» يعني إذا امتنع الكبار من البيع أو كانوا غائبين، وهذا المذهب نص عليه لأنه وصي يملك بيع بعض التركة فملك جميعها كما لو كان جميع الورثة صغارا وكان الدين يستغرق التركة ولأن في بيع البعض نقصا على الصغار فيتعين البيع على الجميع دفعا للضرر عنهم. المبدع (٥/٣١٥-٣١٦).

(٥) قوله: «ويحتمل إلخ» اختاره المصنف والشارح قال في الإنصاف وهو الصواب وبه قال الشافعي لأنه لا يجب على الإنسان بيع ملكه ليزداد ملك غيره ولأنه لا يزال الضرر بالضرر. الشرح الكبير (٣/٥٩٣)، الإنصاف (٧/٢٨٥).

[فائدتان] لو كان الكل كبارا وعلى الميت دين أو وصية باعه الموصى إليه إذا أبوا بيعه وكذا لو امتنع البعض نص عليه. الإنصاف (٧/٢٨٥). =

كتاب الفرائض

وهى قسمة المواريث. وأسباب التوارث ثلاثة: رحم، ونكاح، وولاء[1] لا غير، وعنه أنه يثبت بالموالاة، والمعاقدة، وإسلامه على يديه وكونهما من أهل الديوان[2]. والمجمـــع على توريثهم من الذكـــور عشرة: الابن

= (الثانية) لو مات شخص بمكان لا حاكم فيه ولا وصى جاز لمسلم ممن حضره أن يحوز تركته ويعمل الأصلح فيها من بيع وغيره على الصحيح من المذهب. انظر/ الإنصاف (٧/٢٨٥).

[فائدة] إذا مات الإنسان بدئ بتكفينه وتجهيزه مقدما على ما سواه كما يقدم المفلس بنفقته على ما سواه لقوله تعالى: ﴿ مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ ﴾ وقال على رضى الله عنه إن رسول الله ﷺ قضى بالدين قبل الوصية.

(١) قوله: ((وأسباب التوارث ثلاثة إلخ)) الصحيح من المذهب أن أسباب التوارث ثلاثة لا غير وأنه لا يرث ولا يورث بغيرهم نص عليه وعليه الأصحاب وهى رحم ونكاح وولاء فأما الرحم فلقوله تعالى: ﴿ وَأُوْلُواْ ٱلۡأَرۡحَامِ بَعۡضُهُمۡ أَوۡلَىٰ بِبَعۡضٍ﴾ وهم القرابة من جهة البنوة والأبوة ونحوهما. وأما النكاح فهو عقد الزوجية وإن عري عن الوطء لقوله تعالى: ﴿ وَلَكُمۡ نِصۡفُ مَا تَرَكَ أَزۡوَٰجُكُمۡ ﴾ الآية. وأما الولاء فهو الإنعام عليه بالعتق لقوله ﷺ ((الولاء لمن أعتق)) متفق عليه وروى ابن عمر مرفوعا ((الولاء لحمة كلحمة النسب)) رواه ابن حبان في صحيحه والحاكم وقال صحيح الإسناد. الشرح الكبير (٤/٢)، المبدع(٥ /٣١٨-٣١٩).

(٢) قوله: ((وعنه يثبت بالموالاة إلخ)) لقوله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ عَقَدَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡ فَـَٔاتُوهُمۡ نَصِيبَهُمۡ ﴾ والموالاة كالمعاقدة وروى أبو أمامة أن النبي ﷺ قال ((من أسلم على يديه رجل فهو مولاه يرثه)) رواه سعيد في سننه، وعن تميم الدارى أنه قال يا رسول الله ما السنة في الرجل يسلم على يدي الرجل من المسلمين فقال ((هو أولى الناس بمحياه ومماته)) رواه سعيد والترمذي وقال لا أظنه متصلا. وكذا إذا كانا مكتوبين في ديوان واحد، واختار الشيخ تقي الدين أن هؤلاء كلهم يرثون عند عدم الرحم والنكاح والولاء واختاره صاحب الفائق، وقيل يرث عبد سيده عند عدم الوارث، واختاره الشيخ تقي الدين، ولا عمل عليه لأن ما ذكر كان في بدء الإسلام بدليل ما روى ابن عباس أن النبي ﷺ آخى بين أصحابه فكانوا يتوارثون بذلك فنزلت ﴿ وَأُوْلُواْ ٱلۡأَرۡحَامِ﴾ الآية فتوارثوا بالنسب رواه الدارقطني وفي إسناده مقال. المبدع(٥ /٣١٩-٣٢٠، الإنصاف (٧/٢٨٧-٢٨٨).

على قوله: ((يثبت)) أى مع عدمهن. المبدع(٥ /٣١٩).

على قوله: ((بالموالاة)) وهى المؤاخاة. المبدع(٥ /٣١٩).

=

كتاب الفرائض

«**الفرائض**»: جمع فريضة. وهي في الأصل: اسم مصدر من فرض، وافترض، ويسمى البعير المأخوذ من الزكاة وفي الدية: فريضة: فعيلة بمعنى مفعولة.

قال الجوهري: الفرض: ما أوجبه الله تعالى، سمي بذلك، لأن له معالم وحدوداً. والفرض: العطية الموسومة، وفرضت الرجل، وأفرضته. إذا أعطيته. والفارض، والفرضي: الذي يعرف الفرائض، وفرض الله تعالى كذا، وافترضه، والاسم الفريضة، وتسمى قسمة المواريث: فرائض[1]. قال المصنف رحمه الله في «**الكافي**»: وهو العلم بقسمة المواريث[2]، كما قال الجوهري. وجعل في «**المقنع**» الفرائض: نفس القسمة، ويحتمل أن يكون على حذف المضاف، أي: وهي علم قسمة المواريث. والمواريث: جمع ميراث، وهو المال المخلف عن الميت، أصله: موراث، انقلبت الواو ياء لانكسار ما قبلها. ويقال له: التراث أيضاً أصل التاء فيه واو، وفي الجمع: رجعت إلى أصلها.

«**لا غير**» مبني على الضم، لقطعه عن الإضافة منونة.

«**بالموالاة والمعاقدة**» الموالاة: مصدر والى، قال الجوهري: الموالاة: ضد المعاداة. وأما المعاقدة، فمصدر عاقد يعاقد، قال الجوهري: المعاقدة: المعاهدة.

«**وكونهما من أهل الديوان**» الديوان: بكسر الدال على المشهور، وحكي فتحها، وهو: فارسي معرب. قال الجوهري: الديوان: أصله دوان، فعوض من إحدى الواوين ياء، لأنه يجمع على دواوين. ولو كانت الياء أصلية، لقالوا: دياوين. ويقال: دونت الدواوين ، قال الماوردي في «الأحكام السلطانية» : وهو

= على قوله: «والمعاقدة» وهى المحالفة. المبدع(٥ /٣١٩).

على قوله: «وكونهما من أهل الديوان» زاد الشيخ تقي الدين في الرواية: والتقاط الطفل. انظر/ الإنصاف (٢٨٧/٧).

(١) انظر/ لسان العرب (٣٣٨٧/٥).

(٢) انظر/ الكافي لموفق الدين المقدسي (٣٧٩/٢).

وابنه وإن نزل [1] والأب وأبوه وإن علا[2] والأخ من كل جهة[3] وابن الأخ إلا من الأم والعم وابنه كذلك[4] والزوج ومولى النعمة. ومن الإناث سبع: البنت

موضع لحفظ الحقوق من الأموال، والعمال، ومن يقوم بها من الجيوش، والعمال. وفي تسميته ديواناً وجهان. أحدهما: أن كسرى اطلع على ديوانة يحسبون، فقال: دوانة، أي: مجانين، ثم حذف التاء. والثاني: أن الديوان بالفارسية: اسم للشيطان، فسمي الكتاب باسمهم، لحذفهم، ووقوفهم على

---

(١) قوله: «الابن وابنه وإن نزل» لقوله تعالى: ﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡ ﴾ الآية وابن الابن ابن لقوله تعالى: ﴿ يَٰبَنِيٓ ءَادَمَ ﴾ ﴿ يَٰبَنِيٓ إِسۡرَٰٓءِيلَ ﴾ . المبدع(٥ /٣٢٠).

(٢) قوله: «والأب إلخ» لقوله تعالى ﴿ وَلِأَبَوَيۡهِ لِكُلِّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا ٱلسُّدُسُ ﴾ الآية. والجد يتناوله النص كما دخل ولد الابن في عموم أولادكم وقيل يثبت فرضه بالسنة لأنه علية الصلاة والسلام أعطاه السدس. المبدع(٥ /٣٢٠).

(٣) قوله: «والأخ إلخ» فالأخ من الأم ثبت بقوله تعالى: ﴿ وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوۡ أُخۡتٞ فَلِكُلِّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا ٱلسُّدُسُ ﴾ ومن الأبوين أو الأب بقوله ﷺ «ألحقوا الفرائض بأهلها فما أبقت الفروض فلأولى رجل ذكر» المبدع(٥ /٣٢٠).

(٤) قوله: «والعم إلخ» أى من الأبوين أو الأب وعم الأب كذلك ولا يدخل فيه العم من الأم ولا ابنه. انظر/ المبدع(٥ /٣٢٠).

[فائدة] إذا اجتمع الوارثون من الرجال لم يرث منهم إلا الأب والابن والزوج. وإذا اجتمعت الوارثات من النساء ورث منهن خمس البنت وبنت الابن والزوجة والأخت من الأبوين أو الأب والذين يمكن اجتماعهم من الصنفين وارثا الأبوين والابن والبنت وأحد الزوجين. المبدع(٥ /٣٢١).

على قوله: «ومولى النعمة» أى المعتق، سمي به لأنه أنعم على العبد بعتقه وتخليصه من أسر الرق وثبت بالسنة. المبدع(٥ /٣٢٠).

على قوله: «ومولاة النعمة» والإناث كلهن إذا انفردن عن إخوتهن ذوات فرض إلا المعتقة والأخوات مع البنات. المبدع(٥ /٣٢٠).

على قوله: «وعصبات» إجماعاً. المبدع(٥ /٣٢١).

على قوله: «وذوو رحم» على الصحيح من المذهب. الإنصاف (٧/٢٨٨).

على قوله: «والأخت من كل جهة» أى من الأبوين أو الأب أو الأم. المبدع(٥ /٣٢١).

على قوله: «والأخ من الأم» فالإخوة والأخوات من الأم يسمون بني الأخياف والأخياف الأخلاط فهم من أخلاط الرجال وليس هم من رجل واحد وللأب يسمون بني العلات لأن أم كل واحد لم تسقه لبن رضاعها وللأبوين يسمون بني الأعيان لأنهم من عين واحدة. المبدع(٥ /٣٢١-٣٢٢).

على قوله: «إذا كان لها ولد» ذكرا كان أو أنثى. المبدع

وبنت الابن والأم والجدة والأخت والمرأة ومولاة النعمة. والوارث ثلاثة: ذوو فرض، وعصبات، وذوو رحم.

باب ميراث ذوي الفروض

وهم عشرة: الزوجان والأبوان والجد والجدة والبنت وبنت الابن والأخت من كل جهة والأخ من الأم. فللزوج الربع إذا كان لها ولد أو ولد ابن[1] والنصف مع عدمهما، وللمرأة الثمن إذا كان له ولد أو ولد ابن والربع مع عدمهما.

الجلي، والخفي، وسمي مكانهم باسمهم، وأول من وضع الديوان في الإسلام عمر. وقال أبو السعادات: هو اسم الدفتر الذي يكتب فيه أسماء الجيش، وأهل العطاء، والمراد: كونهما مكتوبين في ديوان واحد.

«**ومولى النعمة، ومولاة النعمة**» هما المعتق، والمعتقة: لأنهما وليا الأنعام بالإعتاق، والله أعلم.

باب ميراث ذوي الفروض

ذوي: بمعنى أصحاب، واحد: ذو، والفروض: جمع فرض، وهو: المقدر في الكتاب والسنة.

«**من كل جهة**» الجهة: أصلها وجهة. قال الجوهري: الجهة والوجهة بمعنى.

---

(١) قوله: «إذا كان لها ولد أو ولد ابن» يحترز به عن ولد البنت فإنه لا اعتبار به وإن ورثتا ذوى الأرحام إلى قوله: «والنصف مع عدمها» وهذا كله بالإجماع لقوله تعالى: ﴿ وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ ﴾ الآية لأنه تعالى نص على الولد وولده ملحق به بالإجماع. المبدع(٥ /٣٢٢).

[تنبيه] قوله: «فللزوج الربع- إلى قوله- والربع مع عدمهما» هذا بلا نزاع لكن يشترط أن يكون النكاح صحيحا فإن كان فاسدا فلا توارث بينهما على الصحيح من المذهب نص عليه، وتوقف في رواية ابن منصور، وأما إذا كان باطلاً فلا توارث بلا نزاع . انظر/ الإنصاف (٧/٢٨٨-٢٨٩).

فصل

وللأب ثلاثة أحوال: حال يرث فيها السدس بالفرض وهى مع ذكور الولد أو ولد الابن[1]، وحال يرث فيها بالتعصيب وهى مع عدم الولد أو ولد الابن[2]، وحال يجتمع له الفرض والتعصيب[3] وهى مع إناث الولد أو ولد الابن.

فصل

وللجد هذه الأحوال الثلاثة وحال رابع وهى مع الإخوة والأخوات من الأبوين أو الأب فإنه يقاسمهم كأخ[4] إلا أن يكون الثلث خيراً له فيأخذه والباقي

---

(١) قوله: ((وهى مع ذكور الولد إلخ)) وكذا مع ولد الابن لقوله تعالى: ﴿ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ ﴾ الآية والمراد لولد الابن هنا الذكر. المبدع(٥ /٣٢٢-٣٢٣).

(٢) قوله: ((وحال يرث فيها بالتعصيب إلخ)) لقوله تعالى: ﴿ فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُۥ وَلَدٌ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ ﴾ أضاف الميراث لهما وجعل لها الثلث فكان الباقي للأب وهذا شأن التعصيب وهذه الحال مما امتاز بها الأب والجد. المبدع(٥ /٣٢٣).

(٣) قوله: ((وحال إلخ)) للنص وقد سأل الحجاج الشعبي عن من مات عن أب وبنت فقال للبنت النصف والباقي للأب فقال له الحجاج: أصبت في المعنى وأخطأت في اللفظ هلا قلت للأب السدس وللبنت النصف والباقي للأب. فقال: أخطأت وأصاب الأمير. المبدع(٥ /٣٢٣).

(٤) قوله: ((وحال رابع إلخ)) هذا مبنى على الصحيح من المذهب من أن الجد لا يسقط الإخوة وعليه جماهير الأصحاب وهو قول على وابن مسعود وزيد وبه قال مالك والأوزاعي والشافعي وأبو يوسف ومحمد لأن الأخ ذكر يعصب أخته فلم يسقطه الجد كالابن ولأن ميراثهم ثبت بالكتاب فلا يحجبون إلا بنص أو إجماع وما وجد شيء من ذلك؛ ولأنهم تساووا في سبب الاستحقاق فإن الأخ والجد يدليان بالأب والجد أبوه والأخ ابنه وقرابة البنوة لا تنقص عن قرابة الأبوة بل ربما كانت أقوى منها فإن الابن يسقط بتعصيب الأب ولذلك مثله علي بشجرة أنبتت غصنا فانفرق منه غصنان كل منهما أقرب منه إلى أصل الشجرة ومثله زيد بواد خرج منه نهر فافترق منه جدولان كل منهما إلى الآخر أقرب منه إلى الوادي وعنه أن الجد يسقط الإخوة كما يسقطهم الأب اختاره ابن بطة وأبو حفص البرمكي وأبو حفص العكبرى والشيخ تقي الدين وصاحب الفائق قال في الفروع وهو أظهر قال في الإنصاف وهو الصواب قال وحديث أفرضكم زيد ضعفه الشيخ تقي الدين وهذا مذهب الصديق وبه قال ابن عباس وابن الزبير وروى ذلك عن عثمان وعائشة وأبي بن كعب وأبي الدرداء ومعاذ بن جبل وأبي موسى وأبي هريرة وحكي عن عمران بن حصين =

لهم[1]. فإن كان معهم ذو فرض أخذ فرضه[2] ثم للجد الأحظ من المقاسمة كأخ أو ثلث الباقي أو سدس جميع المال فإن لم يفضل عن الفرض إلا السدس فهو له وسقط من معه منهم[3]، إلا في الأكدرية وهى زوج وأم وأخت

= وجابر ابن عبد الله وأبي الطفيل وعبادة بن الصامت وعطاء وطاوس وجابر بن زيد وبه قال قتادة وإسحاق وأبو ثور ونعيم بن حماد وأبو حنيفة والمزني وابن سريج وابن اللبان وداود وابن المنذر لقوله ﷺ «ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقى فلأولى رجل ذكر» متفق عليه والجد أولى من الأخ بدليل المعنى والحكم أما المعنى فإن له قرابة إيلاد ويعصبه كالأب وأما الحكم فإن الفروض إذا ازدحمت يسقط الأخ دونه ولا يسقطه أحد إلا الأب ولأنه لا يقتل بقتل ابن ابنه ولا يحد بقذفه ولا يقطع بسرقة ماله فدل ذلك على قربه قال ابن عباس ألا يتقي الله زيد يجعل ابن الابن ابنا ولا يجعل أبا الأب أبا. واختلف القائلون بتوريثهم في كيفية توريثهم وأما مذهب زيد فهو الذي ذكره المصنف في هذا الكتاب وإليه ذهب أحمد وبه قال أهل المدينة والشام والثورى والأوزاعي والنخعي ومالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد وأبو عبيد وأكثر أهل العلم. انظر/ الشرح الكبير(٤ /٦٠٥)، الإنصاف(٧/٢٨٩).

(١) قوله: «إلا أن يكون الثلث خيرا له إلخ» هذا التفريع على المذهب وقد يستوى الأمران والضابط أن الإخوة والأخوات إن كانوا مثليه فالمقاسمة والثلث شيئان وذلك في مسائل جد وإخوان. جد وأخ وأختان. جد وأربع أخوات وإن كانوا دون مثليه فالمقاسمة خير له وذلك في مسائل جد وأخ. جد وأختان. جد وأخ وأخت. جد وثلاث أخوات. جد وأخت. وإن كانوا فوق المثلين فالثلث خير له. انظر/ المبدع (٥/٣٢٤).

(٢) قوله: «فإن كان معهم ذو فرض إلخ» لأن المقاسمة له مع عدم الفرض فكذا مع وجودها أو يأخذ ثلث الباقي إذا كان أحظ لأن له الثلث مع عدم الفروض فما أخذ بالفرض كأنه معدوم قد ذهب من المال فصار ثلث الباقي بمنزلة ثلث جميع المال وأما أخذه سدس جميع المال فلأنه لا ينقص عن ذلك مع الولد الذي هو أقوى فمع غيره أولى. وضابطه أنه متى زاد الإخوة عن اثنين أو من يعدلهم من الإناث فلا حظ له في المقاسمة وإن نقصوا عن ذلك فلا حظ له في ثلث الباقي ومتى زادت الفروض عن النصف فلا حظ له في ثلث الباقي وإن نقصت عن النصف فلا حظ له في السدس وإن كان الفرض النصف فقد استوى السدس وثلث الباقي وإن كان الإخوة اثنين والفرض النصف استوت الأحوال كلها. المبدع(٥ /٣٢٤-٣٢٥).

(٣) قوله: «فإن لم يفضل إلخ» أى لأنه عليه الصلاة والسلام أطعمه السدس ولا ينقص عن السدس أو تسميته في قول عامة أهل العلم، وحكى الشعبي أن ابن عباس كتب إلى على في ستة إخوة وجد، فكتب إليه اجعل الجد سابعهم وامح كتابي هذا. وقولنا أو تسميته هو إذا عالت المسألة فإنه يسمى له السدس وهو ناقص عن السدس فإذا=

وجد[1] فللزوج النصف وللأم الثلث وللجد السدس وللأخت النصف ثم يقسم

«**فإن لم يفضل**» بضم الضاد، وفتحها.

«**إلا في الأكدرية**» وفي تسميتها بذلك: ثلاثة أقوال: أحدها: إنها كدرت على زيد ابن ثابت أصوله، فإنه أعالها ولا عول عنده في مسائل الجد، وفرض للأخت مع الجد، ولا يفرض لأخت مع جد، وجمع سهامه وسهامها، ولا يجمع في غيرها.

= كان زوج وأم وابنتان وجد له السدس ونعطيه سهمين من خمسة عشر سهما وهما ثلثا الخمس. الشرح الكبير(٤ /٧).

على قوله: «وسقط من معه منهم» أى من الإخوة والأخوات كأم وابنتين وجد وأخت أو أخ فإن للأم السدس وللابنتين الثلثان يبقى السدس للجد. المبدع(٥ /٣٢٥).

(١) قوله: «إلا في الأكدرية إلخ» واختلف أهل العلم فيها فمذهب أبي بكر وموافقيه إسقاط الأخت ويجعل للزوج النصف وللأم الثلث والباقي للجد وقال على وزيد للزوج النصف وللأخت النصف وللأم الثلث وللجد السدس وعولاها إلى تسعة ولم يحجبا الأم عن الثلث لأن الله تعالى إنما حجبها بالولد والإخوة ولم يوجد، ويعايا بها فيقال أربعة ورثوا مال ميت فأخذ أحدهم ثلثه والثاني ثلث ما بقى والثالث ثلث ما بقى والرابع ما بقى ونظمها بعضهم فقال:

ما فرض أربعة يوزع بينهم ... ميراث ميتهم بفرض واقع
فلو أخذ ثلث الجميع وثلث ما ... يبقى لثانيهم بحكم جامع
ولثالث من بعدهم ثلث الذي ... يبقى وما يبقى نصيب الرابع

وإن شئت قلت أخذ أحدهم جزءاً من المال وأخذ الثاني نصف ذلك الجزء وأخذ الثالث نصف ذينك الجزءين وأخذ الرابع نصف الآخر فإن الجد أخذ ثمانية وللأخت أربعة وللأم ستة وهى نصف ما حصل لهما والزوج تسعة وهو نصف ما حصل لهم. ونظمها المصنف فقال:

ماذا تقولون في ميراث أربعة ... أصاب أكبرهم جزءا من المال
ونصف ذلك للثاني ونصفهما ... لثالث ترب للخير فعال
ونصف ذلك مجموعا لرابعهم ... فخبروني فهذا جملة الحال

انظر المبدع (٥/٣٢٥-٣٢٦).

على قوله: «إلا في الأكدرية» وأصلها من ستة وتعول إلى تسعة فقالت بمثل نصفها، على قوله: «إلا في الأكدرية» وهى زوج وأم وأخت وجد، سميت أكدرية لتكديرها أصول زيد في الجد لكونه لا يفرض للأخت مع الجد إلا فيها ولا يعيل مسائل الجد وأعالها وجمع سهامها وسهامه فقسمها بينهما على التعصيب وقيل إن زيداً كدر على الأخت ميراثها فأعطاها النصف ثم استرجعه منها وقيل غير ذلك. انظر/ المبدع(٥/٣٢٥-٣٢٦).

نصف الأخت وسدس الجد بينهما على ثلاثة[1] فتضربها في المسألة وعولها وهى تسعة تكن سبعة وعشرين[2] للزوج تسعة وللأم ستة وللجد ثمانية وللأخت أربعة ولا يعول من مسائل الجد غيرها، ولا يفرض لأخت مع جد إلا فيها وإن لم يكن فيها زوج فللأم الثلث وما بقى بين الجد والأخت على ثلاثة فتصح من تسعة وتسمى الخرقاء[3] لكثرة اختلاف الصحابة فيها. وولد الأب كولد

والثاني: أن رجلا اسمه الأكدر، سئل عنها، فأفتى فيها على مذهب زيد فأخطأ فيها: فنسبت إليه. حكاهما المصنف رحمه الله في «**المغني**».

والثالث: أن الأكدر: سئل عنها، فنسبت إليه.

«**وتسمى الخرقاء**» الخرقاء: بفتح الخاء والمد: الحمقاء، والريح الشديدة، وقد خرق: بضم الراء، وفتحها، وكسرها: حمق. قال المصنف رحمه الله في «**المغنى**»: وتسمى المسبعة، لأن فيها سبعة أقوال. والمسدسة، لأن معنى الأقوال السبعة ترجع إلى ستة، فأحد الأقوال السبعة ما ذكر، وهو مذهب زيد. والثاني: مذهب الصديق: للأم الثلث، والباقي للجد، والثالث: مذهب علي: للأخت النصف،

---

(١) على قوله: «وسدس الجد» وهما أربعة.

على قوله: «على ثلاثة» لأنها لا تصح ولا توافق.

(٢) على قوله: «تكن سبعة وعشرين» ومنها تصح فكل من له شيء من أصل المسألة مضروب في ثلاثة. انظر/ المبدع(٥/٣٢٥).

على قوله: «وللأم ستة» يبقى اثنا عشر بين الجد والأخت . المبدع(٥/٣٢٥).

على قوله: «وما بقى بين الجد والأخت على ثلاثة» فأصلها من ثلاثة للأم واحد يبقى اثنان عن ثلاثة لا تصح فتضربها في أصل المسألة فتصح من تسعة. المبدع(٥/ ٣٢٦).

(٣) قوله: «وتسمى الخرقاء» أى كأن الأقوال خرقتها بكثرتها قيل فيها سبعة أقوال قول الصديق وموافقيه للأم الثلث وللجد الباقي وقول زيد وموافقيه للأم الثلث والباقي بين الجد والأخت على ثلاثة وقول على للأخت النصف وللأم الثلث وللجد السدس وقال عثمان للأم الثلث والباقي بين الجد والأخت نصفان ويقال لها العثمانية فإن عدم الجد سميت المباهلة لقول ابن عباس من باهلني باهلته إن الله تعالى لم يجعل في مال واحد نصفا ونصفا وثلثا. المبدع(٥/٣٢٦-٣٢٧).

على قوله: «وولد الأب كولد الأبوين في مقاسمة الجد إذا انفردوا» لأنهم يشاركونهم في بنوة الأب التي ساووا بها الجد. المبدع(٥/٣٢٧).

الأبوين في مقاسمة الجد إذا انفردوا. فإن اجتمعوا عاد ولد الأبوين الجد بولد الأب[1] ثم أخذوا منهم ما حصل لهم إلا أن يكون ولد الأبوين أختا واحدة فتأخذ تمام النصف وما فضل لهم ولا يتفق هذا في مسألة فيها فرض غير السدس[2]،

وللأم الثلث، وللجد السدس، والرابع: للأخت النصف، وللأم ثلث ما بقي، وما بقي للجد، والخامس، عن ابن مسعود أيضا: للأخت النصف، والباقي بين الجد والأم نصفين، فيكون من أربعة. والسادس، عن ابن مسعود أيضا للأم السدس والباقي للجد. والسابع: مذهب عثمان، المال بينهم على ثلاثة [3].

((**لكثرة اختلاف الصحابة**)) الصحابة: قال أبو السعادات: هو جمع: صاحب، ولم يجمع فاعل على فعالة إلا هذا، ويجمع صاحب على صحب، كراكب وركب، وعلى صحاب: كجائع وجياع، وعلى صحبة بضم الصاد: كفاره وفرهة، وعلى صحبان: كشاب وشبان. والأصحاب: جمع صحاب، كفراخ وأفراخ. وجمع الأصحاب: أصاحيب، وقد تقدم في باب: جزاء الصيد.

---

(١) قوله: ((فإذا اجتمعوا عاد ولد الأبوين إلخ)) هذا مذهب زيد وأما علي وابن مسعود فإنهما يسقطان ولد الأب ولا يعتدان به لأنه محجوب بولد الأبوين. ولنا أن الجد والد فإذا حجبه أخوان وارثان جاز أن يحجبه غير وارث كالأم. والمعادة إنما تكون إذا احتيج إليها فلو استغنى عنها فلا معادة كجد وأخوين من أبوين وأخ من أب. المبدع(٥/٣٢٧).

على قوله: ((ثم أخذوا ما حصل لهم)) أى لولد الأب لأنه إنما يؤخذ منه لكون ولد الأبوين أولى وقد زالت أولويته باستكمال حقه. المبدع(٥/٣٢٧).

على قوله: ((فتأخذ تمام النصف)) لأن فرضها لا يزيد على النصف. المبدع(٥/٣٢٧).

(٢) قوله: ((ولا يتفق إلخ)) أى لأن أدنى ما يأخذ الجد الثلث من الباقي والأخت النصف فالباقي بعدهما هو السدس فإن كان جد وأخت من أبوين وأخت من أب فالمال بينهم على أربعة للجد سهمان ولكل أخت سهم ثم رجعت الأخت من الأبوين فأخذت ما في يدها جميعه لتستكمل النصف لأن المقاسمة ههنا أحظ للجد .

على قوله: (فللجد الثلث)) لأنها أحظ له. المبدع(٥/٣٢٨).

على قوله: ((وللأخت النصف)) لأنها أخت لأبوين. المبدع(٥/٣٢٨).

على قوله: ((يبقى للأخ وأخته السدس)) فأصلها من ستة. المبدع(٥/٣٢٨).

على قوله: ((فتصح من ثمانية عشر)) للأخت تسعة وللجد ستة ويستوى هنا المقاسمة وثلث جميع المال وللأخ سهمان وأخته سهم. المبدع(٥/٣٢٨).

(٣) انظر/ المغني لموفق الدين(٥/٢٠٢) التهذيب في الفرائض للكلوذاني [ص/٨٧-٨٩].

فإذا كان جد وأخت من أبوين وأخت من أب فالمال بينهم على أربعة للجد سهمان ولكل أخت سهم ثم رجعت الأخت من الأبوين فأخذت ما في يد أختها كله، وإن كان معهم أخ من أب فللجد الثلث وللأخت النصف يبقى للأخ وأخته السدس على ثلاثة فتصح من ثمانية عشر فإن كان معهم أم فلها السدس [1] وللجد ثلث[2] الباقي وللأخت النصف[3] والباقي لهم فتصح من أربعة وخمسين وتسمى مختصرة زيد فإن كان معهم أخ آخر صحت من تسعين وتسمى تسعينية زيد[4].

فصل

وللأم أربعة أحوال: حال لها السدس وهى مع وجود الولد أو ولد الابن[5] أو اثنين من الإخوة والأخوات [6]. وحال لها الثلث وهى مع عدم

(١) قوله: ((فإن كان معهم أم إلخ)) أى لأن ذلك فرضها مع الإخوة. المبدع(٥/٣٢٨).

(٢) قوله: ((وللجد إلخ)) أى لأنه أحظ له قال ابن المنجا وفيه نظر لأنه يستوى له المقاسمة وثلث الباقي. المبدع(٥/٣٢٨).

على قوله: ((وللأخت النصف)) لأنه فرضها. المبدع(٥/٣٢٨).

(٣) قوله: ((والباقي لهم)) أى لولد الأب لأنهم عصبة فتضرب ثلاثة في ثمانية عشر وتصح من أربعة وخمسين وإن قاسم الإخوة أعطيت الأم السدس يبقى خمسة مقسومة على الجد والأخ والأختين على ستة فتضربها في أصل المسألة تكن ستة وثلاثين للأم ستة وللجد عشرة وللأخت من الأبوين ثمانية عشر يبقى سهمان على الأخ من الأب وأخته لا تصح فاضرب ثلاثة في ستة وثلاثين تكن مائة وثمانية ويرجع بالاختصار إلى نصفها أربعة وخمسين لأنها تتفق بالنصف فلهذا قال وتسمى مختصرة زيد. المبدع(٥/٣٢٨).

(٤) قوله: ((فإن كان معهم أخ آخر)) فللأم السدس ثلاثة وللجد ثلث الباقي خمسة وللأخت من الأبوين النصف تسعة يبقى سهم لأولاد الأب على خمسة لا يصح عليهم فاضربها في ثمانية عشر ((صحت من تسعين)) فكل من له شيء من ثمانية عشر مضروب في خمسة ((وتسمى تسعينية زيد). المبدع(٥/٣٢٨-٣٢٩).

(٥) قوله: ((حال لها السدس إلخ)) وهذا بالنص والإجماع لقوله تعالى: ﴿ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ ﴾ الآية وولد الولد ولد حقيقة أو مجازا قال الماوردي انعقد الإجماع على ولد الولد ولم يخالف فيه إلا مجاهد. المبدع(٥/٣٢٩).

(٦) قوله: ((أو اثنين من الإخوة والأخوات)) هذا الصحيح من المذهب وهو قول الجمهور وسواء كانوا محجوبين أو لا واختار الشيخ تقي الدين أن الإخوة لا يحجبون الأم من=

هؤلاء[1]. وحال لها ثلث ما بقى وهى في زوج وأبوين وامرأة وأبوين لها ثلث الباقي بعد فرض الزوجين[2]. وحال رابع وهى إذا لم يكن لولدها أب لكونه ولد زنا أو منفيا بلعان فإنه ينقطع تعصيبه من جهة من نفاه فلا يرثه هو ولا أحد من عصباته[3] وترث أمه وذوو الفرض منه فروضهم وعصبته عصبة أمه، وعنه

= الثلث إلى السدس إلا إذا كانوا وارثين معها فإن كانوا محجوبين بالأب ورثت الثلث فلها في مثل أبوين وأخوين الثلث عنده. وقال ابن عباس لا يحجبها عن الثلث إلى السدس إلا ثلاثة وحكى عن معاذ لقوله تعالى: ﴿ فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخۡوَةٞ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُ﴾ وأقل الجمع ثلاثة وروى أن ابن عباس قال لعثمان: ليس الأخوان إخوة في لسان قومك فلم تحجب بهما الأم؟ فقال لا أستطيع أن أرد شيئاً كان قبلى ومضى في البلدان. وجوابه بأن الجمع قد يعبر به عن الاثنين، قال الزمخشرى لفظ الإخوة هنا يتناول الأخوين لأن المقصود الجمعية المطلقة من غير كمية. المبدع(٥/٣٢٩-٣٣٠).

(١) قوله: ((وحال لها الثلث إلخ)) أى مع عدم من ذكر من الولد أو ولد ابنه أو اثنين من الإخوة والأخوات من أى الجهات كانوا لا نعلم فيه خلافا لقوله تعالى: ﴿ فَإِن لَّمۡ يَكُن لَّهُۥ وَلَدٞ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ﴾ . انظر / المبدع(٥/٣٣٠).

(٢) قوله: ((وحال لها ثلث ما بقى إلخ)) هاتان المسألتان تسميان العمريتين لأن عمر رضي الله عنه قضى بذلك ووافقه عثمان وزيد بن ثابت وابن مسعود وروى عن على وبه قال الحسن والثوري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي، وقال ابن عباس لها ثلث المال كله فيهما لأن الله تعالى فرض لها الثلث عند عدم الولد والإخوة ويروى عن على، قال أحمد هو ظاهر القرآن واختاره ابن اللبان وقاله شريح في زوج وأبوين، وفصل ابن سيرين فقال كقول الجماعة في زوج وأبوين وكقول ابن عباس في امرأة وأبوين وقاله أبو ثور لأنا لو فرضنا لها ثلث المال في الأولى لفضلناها على الأب وهو ممتنع وفي مسألة الزوجة لا يتأتى ذلك. قال المؤلف والحجة مع ابن عباس لولا انعقاد الإجماع من الصحابة، فعلى هذا تكون المسألة من اثنين وتصح من ستة والثانية من أربعة وإنما قالوا ثلث الباقي ولم يقولوا سدس المال من الأولى وربعه من الثانية محافظة على الأدب في موافقة القرآن. المبدع(٥/٣٣٠)، الشرح الكبير(٣/١٢-١٣).

(٣) قوله: ((أو منفياً بلعان إلخ)) أى إذا لاعن الرجل امرأته وانتفى من ولدها وفرق الحاكم بينهما انتفى ولدها عنه وانقطع تعصيبه من جهة الملاعن ويثبت ما قاله المصنف وينقطع التوارث بين الزوجين ولا نعلم فيه خلافا، فإن مات أحدهما قبل تمام اللعان ورثه الآخر في قول الجمهور فإن مات أحدهما بعد ما تم اللعان ولم يفرق الحاكم بينهما لم ترثه في الأشهر لأن اللعان يقتضى التحريم المؤبد. وحكم ميراث ولد الزنا كالحكم في ولد الملاعنة على ما ذكر. المبدع(٥/٣٣١).

على قوله: ((وعصبته)) أى بعد ذكور ولده وإن نزل. المبدع(٥/٣٣٢). =

أنها هى عصبته فإن لم تكن فعصبتها عصبته فإذا خلف أما وخالا فلأمه الثلث وباقيه للخال وعلى الرواية الأخرى الكل للأم فإن كان معهم أخ فله السدس والباقي له أو للأم على الرواية الثانية وإذا مات ابن ابن ملاعنه وخلف أمه وجدته فلأمه الثلث وباقيه للجدة على إحدى الروايتين وهذه جدة ورثت مع أم أكثر منها.

فصل

وللجدات السدس- واحدة كانت أو أكثر- إذا تحاذين [1]، فإن كان بعضهن

= على قوله: «وعصبته عصبة أمه» روى عن على وابن عباس وابن عمر وقاله جمع لقوله ﷺ «ألحقوا الفرائض إلخ». المبدع(٥/٣٣٢).

على قوله: «وعنه أنها عصبته» وهى قول ابن مسعود واختارها أبو بكر والشيخ تقي الدين لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعا أنه جعل ميراث ابن الملاعنة لأمه ولورثتها من بعدها رواه أبو داود وعن واثلة بن الأسقع عن النبي ﷺ قال «تحوز المرأة ثلاثة مواريث عتيقها ولقيطها وميراث ولدها الذي لاعنت عليه» رواه أبو داود والترمذي وقال حسن غريب. انظر/ المبدع(٥/٣٣٢).

على قوله: «فلأمه الثلث»لأنه فرضها. المبدع(٥/٣٣٣).

على قوله: «وباقيه للخال» لأنه عصبتها. المبدع(٥/٣٣٣).

على قوله: «فإن كان معهم أخ لأم فله السدس» لأنه فرضه فلو كانت الإخوة من قبل الأب كما لو ولدت توأمين لم يتوارثا على الصحيح من المذهب أى لم يتوارثا بالأخوة من الأب. المبدع(٥/٣٣٣).

على قوله: «والباقي له» أى للأخ من الأم لأنه عصبتها دون الخال لأنه محجوب. المبدع(٥/٣٣٣).

على قوله: «وخلف أمه وجدته» أم أمه الملاعنة. المبدع(٥/٣٣٣).

على قوله: «على إحدى الروايتين» وهو قول ابن مسعود لأنها هى الملاعنة فهى عصبته. المبدع(٥/٣٣٣).

(١) قوله: «وللجدات السدس إلخ» وقد حكاه ابن المنذر إجماعاً لما روى قبيصة بن ذؤيب قال جاءت الجدة إلى أبي بكر تسأله ميراثها فقال مالك في كتاب الله شيء وما أجد لك في سنة رسول الله ﷺ شيئاً فارجعي حتى أسأل الناس، فسأل الناس فقال المغيرة ابن شعبة حضرت رسول الله ﷺ وأعطاها السدس، فقال هل معك غيرك فقام محمد ابن مسلمة الأنصارى فشهد مثله فأنفذه لها. ثم جاءت الثانية إلى عمر بن الخطاب فسألته ميراثها فقال مالك في كتاب الله شيء لكن هو ذاك السدس فإذا اجتمعتما فهو بينكما وأيكما خلت به فهو لها رواه الخمسة إلا النسائي وصححه الترمذي. وعلم=

أقرب من بعض فالميراث لأقربهن[1]. وعنه أن القربى من جهة الأب لا تحجب البعدى من جهة الأم. ولا يرث أكثر من ثلاث جدات أم الأم وأم الأب وأم الجد ومن كان من أمهاتن وإن علت درجتهن[2] وأما أم أبي الأم وأم أبي الجد

«إذا تحاذين» أي: كان بعضهن حذاء بعض، قال الجوهري: حاذاه، إذا صار

= منه أنهن لا يزدن على السدس فرضا وإن كثرن إجماعاً لما روى سعيد عن القاسم ابن محمد قال جاءت الجدة إلى أبي بكر فأعطى أم الأم دون أم الأب فقال له عبد الرحمن بن سهل وكان شهد بدراً: يا خليفة رسول الله أعطيت التي إن ماتت لم يرثها ومنعت التي لو ماتت ورثها فجعل أبو بكر السدس بينهما وهذا إجماع وشرطه إذا تحاذين لأنه إذا كان بعضهن أقرب كان الميراث لها. ولا خلاف في توريث جدتين أم الأم وأم الأب وكذا إن عليا وكانتا في القرب سواء كأم أم وأم أم أب واختلفوا فيما زاد على الجدتين فذهب أبو عبد الله إلى توريث ثلاث جدات فقط روى ذلك عن علي وزيد بن ثابت وابن مسعود وروى نحوه عن مسروق والحسن وقتادة وبه قال الأوزاعي وإسحاق وروى عن سعد بن أبي وقاص ما يدل على أنه لا يرث أكثر من جدتين وحكى عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام وسليمان بن يسار وطلحة بن عبد الله بن عوف وربيعة ومالك وابن أبي ذئب وأبي ثور وداود وروى عن ابن عباس أنه ورث الجدات وإن كثرن إذا كن في درجة واحدة إلا من أدلت بأب غير وارث كأبي الأم قال ابن سراقة وبهذا قال عامة الصحابة وهو رواية المزني عن الشافعي. انظر/ الشرح الكبير (٣/١٧-١٨) المبدع(٥/٣٣٤).

(١) قوله: «فإن كان بعضهن إلخ» إذا كانتا من جهة واحدة فهو للقربى إجماعا وكذا إن كانتا من جهتين والقربى من جهة الأم فبالاتفاق أن الميراث لها دون البعدى إذ الأقرب يحجب الأبعد كالآباء والأبناء وظاهره أن القربى من جهة الأب تحجب البعدي من جهة الأم، وهو المذهب نص عليه، وهو قول علي واحدى الروايتين عن زيد وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وهو قول أهل العراق. الشرح الكبير(٣/١٩).

على قوله: «وعنه أن القربى من جهة الأب لا تحجب البعدى من جهة الأم» قال في الهداية وهذا هو المنصوص عن أحمد وجزم به القاضي في جامعه وصححه ابن عقيل في تذكرته وبه قال مالك والأوزاعي وهو أحد قولي الشافعي لأن الأب الذي تدلى به الجدة لا يحجب الجدة من قبل الأم فالتي تدلى به أولى أن لا يحجبها وبهذا فارقت القربى من قبل الأم. انظر/ الشرح الكبير(٣/١٩).

(٢) قوله: «ولا يرث أكثر إلخ» لما روى سعيد عن سفيان بن عيينة عن منصور عن إبراهيم أن النبي ﷺ ورث ثلاث جدات ثنتين من قبل الأب وواحدة من قبل الأم وأخرجه أبو عبيد والدارقطني. المبدع(٥/٣٣٥).

بحذائه.

فلا ميراث لهما [1]. والجدات المتحاذيات أم أم أم وأم أم أب وأم أبي أب، وترث الجدة وابنها حي [2]، وعنه لا ترث. وإن اجتمعت جدة ذات قرابتين مع أخرى فلها ثلثا السدس في قياس قوله وللأخرى ثلثه [3].

((**جدة ذات قرابتين**)) صورتها: أن يتزوج ابن ابن المرأة ببنت بنتها، فيولد لهما ولد، فتكون الجدة: أم أم أمه، وأم أب أبيه، وإن تزوج ابن بنتها ببنت بنتها، فهي أم أم أمه، وأم أم أبيه، هكذا ذكرهما المصنف: في ((**المغني**)).

---

(١) قوله: ((فأما أم أبي الأم إلخ)) وكذا كل جدة تدلى بغير وارث وهذا إجماع إلا ما حكى عن ابن عباس وجابر بن زيد ومجاهد وابن سيرين فإنهم قالوا بإرثه وهو قول شاذ لأنه يدلي بغير وارث. الشرح الكبير(٣/١٩-٢٠).

على قوله: ((فلا ميراث لهما)) أما أم أبي الجد فالصحيح من المذهب أنها لا ترث بنفسها لأنها من ذوى الأرحام بل ترث بالتنزيل عند توريث ذوى الأرحام وقيل ترث وليست من ذوى الأرحام ومثلها أم جد الجد ولو علت أبوه واختاره الشيخ تقي الدين وصاحب الفائق. المبدع(٥/٣٣٦).

(٢) قوله: ((وترث الجدة إلخ)) يعني سواء كان أبا أو عما اتفاقا وهو المذهب وهو قول عمر وابن مسعود وأبي موسى وعمران بن حصين وبه قال شريح والحسن وابن سيرين وجابر بن زيد والعنبرى وإسحاق وابن المنذر لما روى ابن مسعود قال أول جدة أطعمها رسول الله ﷺ السدس أم أب مع ابنها وابنها حى رواه سعيد والترمذي وعنه لا ترث بل هى محجوبة بابنها وهى قول زيد وروى ذلك عن عثمان وعلى وبه قال مالك والثورى والأوزاعي والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي لأنها تدلى به فلا ترث معه كالجد مع الأب وأم الأم مع الأم وهذا الخلاف فيما إذا كانت أم الأب أو الجد أما لو كان ابنها عما للميت أو عم أب فلا خلاف في توريثها. الشرح الكبير(٣/٢٠).

على قوله: ((وإن اجتمعت جدة ذات قرابتين)) أى كما لو تزوج ابن ابن المرأة بنت بنتها فيولد فلهما ولد فتكون المرأة أم أبي أبيه وأم أم أمه)).

(٣) قوله: ((فلها ثلثا السدس إلخ)) وهذا المذهب وهوة من مفرداته وقال الثورى والشافعي وأبو يوسف هو بينهما نصفين. انظر/ الشرح الكبير(٣/٢١).

فصل

وللبنت الواحدة النصف فإن كانت اثنتين فصاعدا فلهن الثلثان[1] وبنات الابن بمنزلة البنات إذا لم يكن بنات[2] فإن كانت بنت وبنات ابن فللبنت النصف ولبنات الابن- واحدة كانت أو أكثر من ذلك – السدس تكملة الثلثين[3] إلا أن يكون معهن ذكر فيعصبهن فيما بقي للذكر مثل حظ الأنثيين[4]وإن استكمل

((**فصاعداً**)) منصوب على الحال، وناصبه: واجب الإضمار.

((**فللبنت النصف، ولبنات الابن السدس**)) لأن ذلك في قوة: كمل لهم تكملة الثلثين. والله سبحانه وتعالى أعلم.

((**تكملة الثلثين**)) قال الأزهري: كملت له عدد حقه تكميلاً، وتكملة، فهو مكمل، وهو هنا منصوب على المصدر، والناصب له ما دل عليه.

---

(١) قوله: ((فلهن الثلثان)) لقوله تعالى: ﴿ فَإِن كُنَّ نِسَآءً فَوْقَ ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ ﴾ وهو إجماع إلا رواية شذت عن ابن عباس أن الاثنتين فرضهما النصف أخذا بالمفهوم والآية ظاهرة الدلالة على ما زاد على اثنتين ووجه دلالتها عليهما أن الآية وردت على سبب خاص وهو ما رواه جابر قال: جاءت امرأة سعد بن الربيع بابنتيها إلى رسول الله ﷺ فقالت هاتان ابنتا سعد قتل أبوهما معك يوم أحد وإن عمهما أخذ مالهما فلم يدع لهما شيئاً من مال. قال: يقضي الله في ذلك. فنزلت آية المواريث فدعا النبي ﷺ عمهما فقال ((أعط ابنتى سعد الثلثين وأعط أمهما الثمن وما بقى فهو لك)) رواه أبو داود وصححه الترمذي والحاكم فدلت الآية على فرض ما زاد على الاثنتين ودلت السنة على فرض الاثنتين. المبدع(٥/٣٣٨).

(٢) قوله: ((وبنات الابن إلخ)) بالإجماع لأن بنت الابن بنته كما أن ابن الابن ابنه. المبدع(٥/٣٣٩).

(٣) قوله: ((فإن كانت بنت إلخ)) وذلك بالإجماع واختصت البنت بالنصف لأنه مفروض لها والاسم يتناولها حقيقة فبقى السدس لبنات الابن تكملة الثلثين وعن هذيل بن شرحبيل قال: سئل أبو موسى عن ابنة وابنة ابن وأخت فقال: للبنت النصف وللأخت النصف وائت ابن مسعود فسيتابعني. فسئل ابن مسعود وأخبر بقول أبي موسى فقال لقد ضللت إذا وما أنا من المهتدين أقضى فيها بما قضى رسول الله ﷺ للابنة النصف ولابنة الابن السدس تكملة الثلثين وما بقى فللأخت فأتينا أبا موسى فأخبرناه فقال: لا تسألوني ما دام هذا الحبر فيكم. رواه البخارى.

(٤) قوله: ((إلا أن يكون معهن ذكر إلخ)) أى ذكر في درجتهن وهذا قول جمهور الفقهاء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم لقوله تعالى: ﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوْلَٰدِكُمْ ﴾ الآية وانفرد ابن مسعود فقال للبنات ألا ضرهن من المقاسمة أو السدس وذلك مبنى على أصله وهو أن بنت الابن لا يعصبها أخوها إذا استكمل البنات الثلثين. انظر المبدع(٥/٣٣٩).

البنات الثلثين سقط بنات الابن[1] إلا أن يكون معهن أو أنزل منهن ذكر فيعصبهن[2] فيما بقى.

فصل

وفرض الأخوات من الأبوين مثل فرض البنات سواء[3] والأخوات من الأب معهن كبنات الابن مع البنات[4] سواء إلا أنهن لا يعصبهن إلا أخوهن. والأخوات مع البنات عصبة يرثن ما فضل كالإخوة وليست لهن معهن فريضة مسماة [5].

---

(١) قوله: «وإن استكمل البنات إلخ» وذلك بالإجماع لأنه تعالى لم يفرض للأولاد إذا كانوا نساء إلا الثلثين قليلات كن أو كثيرات وهؤلاء لم يخرجن عن كونهن نساء من الأولاد وقد ذهب الثلثان والمشاركة ممتنعة لأنهن دون درجتهن. المبدع(٥/٣٤٠).

(٢) قوله: «إلا أن يكون إلخ» أى للذكر مثل حظ الأنثيين هذا قول على وزيد وسائر الفقهاء غير ابن مسعود ومن وافقه فإنه خالف الصحابة في ست مسائل هذه إحداهن فجعل الباقي للذكر دون أخواته، وقاله أبو ثور لأن النساء لا يرثن أكثر من الثلثين بدليل ما لو انفردن. وجوابه بأنه قد دخلن في عموم قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ لِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِ﴾ بدليل تناول اللفظ لهن لو لم يكن بنات. المبدع(٥/٣٤٠).

[فائدة] حكم بنات ابن الابن مع بنات الابن حكم بنات الابن مع بنات الصلب في جميع ما ذكرنا في المسألتين.

على قوله: «ألا أن يكون معهن» كأخيهن أو ابن عمهن. المبدع (٥/٣٤٠).

على قوله: «أو أنزل منهن ذكر» كابن أخيهن أو ابن عمهن أو ابن عمهن. المبدع(٥/٣٤).

(٣) قوله: «وفرض الأخوات إلخ» وذلك بالإجماع لقوله تعالى: ﴿إِنِ ٱمۡرُؤٌاْ هَلَكَ لَيۡسَ لَهُۥ وَلَدٞ وَلَهُۥٓ أُخۡتٞ فَلَهَا نِصۡفُ مَا تَرَكَۚ وَهُوَ يَرِثُهَآ إِن لَّمۡ يَكُن لَّهَا وَلَدٞۚ فَإِن كَانَتَا ٱثۡنَتَيۡنِ فَلَهُمَا ٱلثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ﴾. انظر المبدع(٥/٣٤٠).

(٤) قوله: «والأخوات من الأب إلخ» أى فأخت لأبوين وأخت أو أخوات من أب لهن السدس تكملة الثلثين فإن استكمل الأخوات لأبوين الثلثين سقط الأخوات من الأب لأنه لم يبق من فرض الأخوات شيء إلا أنه لا يعصبهن إلا أخوهن للذكر مثل حظ الأنثيين خلافاً لابن مسعود وأتباعه فهنا لا يعصبها إلا أخوها فلو استكمل الأخوات من الأبوين الثلثين وثم أخوات لأب وابن أخ لهن لم يكن للأخوات شيء وكان الباقي لابن الأخ بخلاف ما سبق فإن ابن الابن ابن وإن نزل وابن الأخ ليس بأخ. المبدع(٥/٣٤٠).

(٥) قوله: «والأخوات مع البنات إلخ» وهذا قول عامة الفقهاء وقال ابن عباس رضى الله عنهما لا شيء للأخوات وقال في بنت وأخت للبنت النصف ولا شيء للأخت =

فصل

وللواحد من ولد الأم السدس ذكرا كان أو أنثى(1)، فإن كانا اثنين فصاعدا فلهم الثلث بينهم بالسوية(2).

= فقيل له أن عمر قضى بخلاف ذلك فقال ابن عباس أنتم أعلم أم الله يريد قوله تعالى: ﴿ إِنِ ٱمْرُؤٌا۟ هَلَكَ لَيْسَ لَهُۥ وَلَدٌ وَلَهُۥٓ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ ﴾ فجعل لها النصف مع عدم الولد. وهذا لا يدل على ما ذهب إليه بل يدل على أن الأخت لا يفرض لها النصف مع الولد ونحن نقول به وإنما تأخذه بالتعصيب كالأخ وقد وافق ابن عباس على ثبوت ميراث الأخ مع الولد مع قوله تعالى: ﴿ وَهُوَ يَرِثُهَآ إِن لَّمْ يَكُن لَّهَا وَلَدٌ ﴾ وعلى قياس قوله ينبغي أن يسقط الأخ لاشتراطه في توريثه منها عدم الولد وهو خلاف الإجماع، والمبين لكلام الله تعالى رسوله ﷺ وقد جعل للأخت مع البنت وبنت الابن الباقي عن فرضهما وهو الثلث. المبدع(٥/٣٤١).

على قوله: ((والأخوات)) من الأبوين أو الأب. المبدع(٥/٣٤١).

(١) قوله: ((وللواحد من ولد الأم إلخ)) أى بغير خلاف لقوله تعالى: ﴿ وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَٰلَةً أَوِ ٱمْرَأَةٌ وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ ﴾ والمراد به ولد الأم بالإجماع وفي قراءة عبد الله وسعد وله أخ أو أخت من أم. انظر/ المبدع(٥/٣٤١).

(٢) قوله: ((فإن كانا اثنين إلخ)) لقوله تعالى: ﴿ فَهُمْ شُرَكَآءُ فِى ٱلثُّلُثِ ﴾ إذ الشركة من غير تفصيل تقتضى التسوية بينهم ولا نعلم فيه خلافا إلا رواية شذت عن ابن عباس أنه فضل الذكر على الأنثى. المبدع(٥/٣٤٢).

[فائدة] الكلالة اسم للورثة غير الأبوين والولدين نص عليه وروى عن الصديق وقاله زيد وابن عباس وجابر بن زيد وأهل المدينة والبصرة والكوفة واحتجوا بقول الفرزدق:

ورثتم قناة المجد لا عن كلالة عن ابنى مناف عبد شمس وهاشم

وقيل الميت الذي لا ولد له ولا والد وروى عن عمر وعلى وابن مسعود وقيل قرابة الأم واحتجوا بقول الفرزدق المتقدم عنى أنكم ورثتم الملك عن آبائكم لا عن أمهاتكم. المبدع(٥/٣٤٢).

على قوله: ((يسقط الجد بالأب)) إجماعاً لأنه يدلي به. المبدع(٥/٣٤٣).

على قوله: ((وكل جد بمن هو أقرب منه)) لأنه يدلى به كإسقاط الأب الجد. المبدع(٥/٣٤٣).

على قوله: ((والجدات بالأم)) سواء كن من جهة الأب أو الأم بلا خلاف حكاه ابن المنذر. المبدع(٥/٣٤٣).

على قوله: ((وولد الابن بالابن)) بالإجماع لقربه لأنه إن كان أباه فهو يدلي به فسقط به وإن كان عمه فهو أقرب منه فيسقط به لقوله عليه الصلاة والسلام ((ألحقوا الفرائض بأهلها)) الخبر. المبدع(٥/٣٤٣).

فصل في الحجب

يسقط الجد بالأب، وكل جد بمن هو أقرب منه، والجدات بالأم. وولد الابن بالابن، وولد الأبوين بثلاثة بالابن وابنه[1] والأب ويسقط ولد الأب بهؤلاء الثلاثة وبالأخ من الأبوين[2] ويسقط ولد الأم بأربعة بالولد ذكرا كان أو أنثى وولد الابن والأب والجد[3].

باب العصبات[4]

وهم عشرة: الابن وابنه والأب وأبوه والأخ وابنه إلا من الأم والعم وابنه كذلك

---

(١) قوله: «وولد الأبوين إلخ» حكاه ابن المنذر إجماعا لأن الله تعالى جعل إرثهم في الكلالة وهى اسم لما عدا الولد والوالد. المبدع(٥/٣٤٣).

على قوله: «ويسقط ولد الأب بهؤلاء الثلاثة» لأنهم إذا حجبوا الشقيق فهو أولى. المبدع (٥/٣٤٣).

(٢) قوله: «وبالأخ من الأبوين» أى لقوته بزيادة القرب. وعن على رضى الله عنه أن النبي ﷺ قضى بالدين قبل الوصية وإن أعيان بنى الأم يتوارثون دون بنى العلات يرث الرجل أخاه لأبيه وأمه دون أخيه لأبيه رواه أحمد والترمذي من رواية الحارث عن على. وعنه يسقط ولد الأبوين وولد الأب بجد قال في الفروع وهو أظهر واختاره شيخنا. المبدع(٥/٣٤٣-٣٤٤).

(٣) قوله: «ويسقط ولد الأم إلخ» لقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَٰلَةً﴾ وقد سئل النبي ﷺ فقال «أما سمعت الآية التى أنزلت في الصيف ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ ٱللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِى ٱلْكَلَٰلَةِ﴾ وهى من لم يترك ولدا ولا والدا» رواه الحاكم في المستدرك من حديث أبي هريرة ثم قال صحيح على شرط مسلم، فدل على أنه إنما يرث عند عدمهما، والجد أب وابن الابن ابن. المبدع(٥/٣٤٤).

(٤) في الاصطلاح: هو الوارث من غير تقدير، أو من يحرز المال إذا لم يكن معه صاحب فرض، وهم ثلاثة أنواع؛ عصبة بنفسه كالمعتق وكل ذكر بسبب ليس بينه وبين الميت أنثى كالابن وعصبة بغيره، كالبنت وبنت الابن والأخت الشقيقة والأخت للأب كل بأخيها وعصبة مع غيره كالأخوات مع البنات. المبدع (٥/٣٤٥).

على قوله: «ثم الجد وإن علا» أى ما لم يكن إخوة لأبوين أو لأب. المبدع(٥/٣٤٦).

على قوله: «ثم ابن الأخ من الأبوين» لأنه يدلي بأبيه واقتضى ذلك تقديم الأخ من الأب عليه. المبدع(٥/٣٤٦).

على قوله: «ثم الأعمام ثم أبناؤهم كذلك» أى الأعمام من الأبوين مقدمون على الأعمام من الأب وابن العم من الأبوين مقدم على ابن العم من الأب. المبدع(٥/٣٤٦).

ومولى النعمة ومولاة النعمة وأحقهم بالميراث أقربهم ويسقط به من بعد وأقربهم الابن ثم ابنه وإن نزل ثم الأب ثم الجد وإن علا ثم الأخ من الأبوين ثم من الأب ثم من ابن الأخ من الأبوين ثم من الأب ثم أبناؤهم وإن نزلوا ثم الأعمام ثم أبناؤهم كذلك ثم أعمام الأب ثم أبناؤهم كذلك ثم أعمام الجد ثم أبناؤهم كذلك أبداً، لا يرث بنو أب أعلى مع بني أب أقرب منهم وإن نزلت درجتهم[1]، وأولى ولد كل أب أقربهم إليه فإن استووا فأولاهم من كان لأبوين وإذا انقرض العصبة من النسب ورث المولى المعتق ثم عصابته من بعده وأربعة من الذكور يعصبون أخواتهم فيمنعونهن الفرض ويقتسمون ما ورثوا للذكر مثل حظ

باب العصبات

وهي جمع عصبة. قال الجوهري: وعصبة الرجل: بنوه، وقرابته لأبيه. وإنما سموا عصبة لأنهم عصبوا به، أي: أحاطوا به، فالأب طرف، والابن طرف، والعم جانب، والأخ جانب، والجمع: العصبات. وقال الأزهري: واحد العصبة: عاصب، على القياس، كطالب وطلبة، وظالم وظلمة. وقيل للعمامة: عصابة، لأنها استقلت برأس المعتم. وقال ابن قتيبة: العصبة جمع لم أسمع له بواحد، والقياس: أنه عاصب. قال المصنف رحمه الله في «الكافي»: وهم كل ذكر ليس بينه وبين الميت أنثى[2]، فيخرج الأخوات مع البنات لفقدهم الذكورية. وقال غيره: العصبة: كل وارث بغير تقدير، فلم يخصه بالذكر، فتدخل البنت، وبنت الابن مع أخيهما، والأخت للأب والأم مع أخيهما، وللأخت للأب والأم وللأب مع اخيهما، والأخوات مع البنات، والمعتقة، وغير ذلك.

«**يعصبون أخواتهم**» أي: يجعلونهن عصبات، فيكون عصبة بغيرهن.

---

(١) قوله: «لا يرث بنو أب أعلى إلخ» نص عليه لما روى ابن عباس رضى الله عنهما أن النبي ﷺ قال «ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقى فلأولى رجل ذكر» متفق عليه وأولى هنا بمعنى أقرب ولا يمكن أن تكون بمعنى أحق لما يلزم عليه من الإبهام والجهالة. المبدع(٣٤٦/٥).

على قوله: «فإن استووا فأولاهم من كان لأبوين» وهذا كله مجمع عليه. المبدع(٣٤٧/٥).

(٢) انظر/ الكافي لموفق الدين (٣٩٣/٢).

الأنثيين وهم[1] الابن وابنه[2] والأخ من الأبوين[3] والأخ من الأب ومن عداهم من العصبات ينفرد الذكور بالميراث دون الإناث وهم بنو الأخ والأعمام وبنوهم[4] وابن الابن يعصب من بإزائه من أخواته وبنات[5] عمه ويعصب من أعلى منه من عماته وبنات عم أبيه إذا لم يكن لهن فرض[6]، ولا يعصب[7] من أنزل، وكلما نزلت درجته زاد فيمن يعصبه قبيل[8] آخر ومتى كان بعض بنى

«**من بإزائه**» هو بكسر الهمزة، أي: بحذائه. قال الجوهري: يقول: هو بإزائه، أي: بحذائه. وقد آزيته، أي: حازيته، ولا تقل: وازيته.

---

(١) قوله: «وهم الابن» أى لقوله تعالى: ﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡ ﴾ الآية فجعل الميراث عند اجتماعهما للذكر مثل حظ الأنثيين من غير فرض لها ولو كانت وحدها لفرض لها. المبدع(٥/٣٤٧).

(٢) قوله: «وابنه» أى لأنه بمنزلته. المبدع(٥/٣٤٧).

(٣) قوله: «والأخ إلخ» أى لقوله تعالى: ﴿ وَإِن كَانُوٓاْ إِخۡوَةٗ رِّجَالٗا وَنِسَآءٗ فَلِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِ ﴾ ولو كانت منفردة لفرض لها. انظر/ المبدع(٥/٣٤٧).

(٤) قوله: «وهم بنو الإخوة إلخ» أى لأن أخواتهم من ذوى الأرحام لأهن لسن بذوات فرض ولا يرثن منفردات ولا يرثن مع إخوتهن شيئاً وهذا مما لا خلاف فيه. انظر/ المبدع(٥/٣٤٧-٣٤٨).

(٥) قوله: «يعصب من بإزائه إلخ» أى لأنه ذكر فيدخل في قوله تعالى: ﴿ لِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِ ﴾. المبدع(٥/٣٤٨).

(٦) قوله: «ويعصب من أعلى منه إلخ» أى فإن كان لهن فرض لم يعصبهن فيأخذ ذوات الفرض فروضهن ويكون باقي المال له. المبدع(٥/٣٤٨).

(٧) قوله: «ولا يعصب من أنزل منه» أى لأنه لو عصبه لاقتضى مشاركته والأبعد لا يشارك الأقرب. المبدع(٥/٣٤٨).

(٨) قوله: «وكلما نزلت درجته إلخ» أى لأنه يعصب من بإزائه فيزداد القبيل الذي بإزائه فإذا خلف خمس بنات ابن بعضهن أنزل من بعض لا ذكر معهن كان للعليا النصف وللثانية السدس وسقط سائرهن والباقي للعصبة، فإن كان مع العليا أخوها أو ابن عمها فالمال بينهما على ثلاثة وسقط سائرهن، وإن كان مع الثانية عصبها كان للعليا النصف والباقي بينه وبين الثانية على ثلاثة، وإن كان مع الثانية فللعليا النصف وللثانية السدس والباقي بينه وبين الثالثة، فإن كان مع الرابعة فللعليا النصف وللثانية السدس والباقي بينه وبين الثالثة والرابعة على أربعة، وإن كان مع الخامسة فالباقي على خمسة بعد فرض الأولى والثانية وتصح من ثلاثين قال المصنف ولا أعلم في هذا خلافا بين القائلين بتوريث بنات الابن مع بنى الابن بعد استكمال الثلثين. المبدع(٥/٣٤٨).

الأعمام زوجاً أو أخا لأم أخذ فرضه وشارك الباقين في تعصيبهم[(1)] وإذا اجتمع ذو فرض وذو عصبة بدئ بذى الفرض فأخذ فرضه وما بقى للعصبة[(2)] فإن استغرقت الفروض المال فلا شيء للعصبة كزوج وأم وإخوة لأم وإخوة لأبوين أو لأب للزوج النصف وللأم السدس وللإخوة من الأم الثلث وسقط سائرهم[(3)] وتسمى المشركة والحمارية إذا كان فيها إخوة لأبوين ولو كان مكانهم أخوات

((**من أنزل منه**)) هو برفع ((أنزل)) خبر مبتدأ محذوف، أي: من هو أنزل.

((**قبيل آخر**)) قال الجوهري: القبيل: الجماعة يكون من الثلاثة فصاعداً، والجمع: قبل.

((**وتسمى المشركة، والحمارية**)) المشركة: بفتح الراء: المشرك فيها، ولو كسرت الراء على نسبة التشريك مجازاً، لم يمتنع. وأما الحمارية: فإنما سميت بذلك، لأن عمر رضي الله عنه أسقط ولد الأبوين، فقال بعضهم: يا أمير المؤمنين هب أن أبانا كان حماراً، أليست أمنا واحدة؟

---

(١) قوله: ((ومتى كان بعض بنى الأعمام إلخ)) هذا قول عمر وعلى وزيد وابن عباس وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعي ومن تبعهم. الشرح الكبير(٤/٢٩).

(٢) قوله: ((وإذا اجتمع ذو فرض إلخ)) أى لقوله ﷺ ((ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقى فلأولى رجل ذكر)) متفق عليه. المبدع(٥/٣٤٩).

(٣) قوله: ((وسقط سائرهم)) هذا المذهب وهذا قول علي وابن مسعود وأبي بن كعب وابن عباس وأبي موسى وبه قال الشعبي والعنبرى وشريك وأبو حنيفة وأصحابه ويحيى بن آدم ونعيم بن حماد وأبو ثور وابن المنذر، وعنه الكل يشتركون في الثلث ويقسم بينهم سوية روى عن عمر وعثمان وزيد وبه قال مالك والشافعي وإسحاق لأنهم ساووا الأم في القرابة التي يرثون بها فإنهم جميعاً من الأم وقرابتهم من جهة الأب إن لم تزدهم قربا واستحقاقاً فلا ينبغي أن تسقطهم ولهذا قال بعض ولد الأبوين أو بعض الصحابة لعمر وقد أسقطهم هب أن أبانا كان حمارا فشرك بينهم ولنا قوله تعالى: ﴿ وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَٰلَةً أَوِ ٱمْرَأَةٌ وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ ﴾ الآية ولا خلاف في أن المراد بهذه الآية ولد الأم على الخصوص فمن شرك بينهم فلم يعط كل واحد منهما السدس وهو مخالفة لظاهر القرآن ويلزم منه مخالفة ظاهر الآية الأخرى وهى قوله تعالى: ﴿ وَإِن كَانُوٓاْ إِخْوَةً رِّجَالًا وَنِسَآءً ﴾ الآية يراد بهذه الآية سائر الإخوة والأخوات وهم يسوون بين ذكرهم وأنثاهم ولقوله عليه الصلاة والسلام ((ألحقوا)) الخبر، ومن شرك لم يلحق. الشرح الكبير(٤/٣١).

على قوله ((ولو كان مكانهم)) أى الإخوة للأبوين. المبدع(٥/٣٥٠).

على قوله: ((عالت إلى عشرة)) أصلها من ستة للزوج النصف وللأم السدس وللإخوة من الأم الثلث وللأخوات من الأبوين أو الأب الثلثان أربعة فتصير عشرة. المبدع(٥/٣٥٠).

لأبوين أو لأب عالت إلى عشرة وسميت ذات الفروخ[1] .

وقيل: إن بعض الصحابة قال ذلك، فسميت بذلك. ذكرهما المصنف في «**المغني**».

«**وسميت ذات الفروخ**» الفروخ: جمع فرخ، وهو ولد الطائر، سميت بذلك لكثرة عولها، فإنها عالت بثلثيها عن السامري في «المستوعب». والله تعالى أعلم.

---

(١) قوله: «وسميت ذات الفروخ» أى لأنها عالت بمثلى ثلثيها وهى أكثر ما تعول إليه الفرائض سميت الأربعة الزائدة بالفروخ والستة الأم وتسمى الشريحية لأن رجلاً أتى شريحاً وهو قاضي البصرة فقال ما نصيب الزوج من زوجته فقال النصف مع غير الولد والربع معه فقال امرأتي ماتت وخلفتني وأمها وأختها من أمها وأختيها لأبيها وأمها فقال لك إذا ثلاثة من عشرة فخرج الرجل من عنده وهو يقول لم أركقاضيكم لم يعطني نصفاً ولا ربعاً فكان شريح إذا لقيه يقول إنك تراني حاكما ظالماً وأراك فاسقا فاجراً لأنك تكتم القصة وتشيع الفاحشة. المبدع(٥/٣٥٠-٣٥١).

[مسائل] (الأولى أم الأرامل) وهى ثلاث زوجات وجدتان وأربع أخوات لأم وثمان أخوات لأب وأم سميت بذلك لأن الورثة كلهم إناث وتسمي المسبعة والدينارية لأنه يقال في المعاياة مات ميت وخلف ورثة وسبعة عشر ديناراً صار لكل امرأة دينار واحد، فأصلها من اثني عشر وتعول إلى سبعة عشر ومنها تصح. المبدع(٥/٣٥١).

(الثانية الدينارية) وهى امرأة وأم وبنتان واثنا عشر أخاً وأختا لأب وأم. روى أن امرأة قالت لعلى إن أخى من أبي وأمى مات وترك ستمائة دينار وأصابني دينار واحد فقال لعلّ أخاك خلف من الورثة كذا وكذا قالت نعم قال قد استوفيت حقك. فأصلها من أربعة وعشرين وتصح من ستمائة. المبدع(٥/٣٥١).

(الثالثة الامتحان) وهى أربع نسوة وخمس جدات وسبع بنات وتسعة إخوة، سميت بذلك لأنه يقال في المعاياة مات رجل وخلف ورثة عدد كل فريق منهم أقل من عشرة فلم تصح مسألتهم إلا من ثلاثين ألفا ومائتين وأربعين سهماً وجزء السهم فيها ألف ومائتان وستون. المبدع(٥/٣٥١).

(الرابعة) ثلاثة إخوة لأبوين أصغرهما زوج له ثلثان ولهما ثلث ونظمها بعضهم فقال:

ثلاثة إخوة لأب وأم   وكلهم إلى خير فقير

فحاز الأكبران هناك ثلثاً   وباقي المال أحرزه الصغير. المبدع(٥/٣٥١-٣٥٢)

(الخامسة) امرأة ولدت من زوج ولداً ثم تزوجت بأخيه لأبيه وله خمسة ذكور فولدت منه مثلهم ثم تزوجت بأجنبي فولدت منه مثلهم ثم مات ولدها الأول ورث خمسة نصفاً وخمسة ثلثاً وخمسة سدساً ويعايا بها فيقال خمسة ذكرا ورثوا مال ميت كذلك فأولاد الزوج الثاني منها هم إخوة لأم وأولاد عمه وأولاده من غيرها أولاد عم فقط وأولادها من الأجنبي إخوة لأم فقط وتصح من ثلاثين. المبدع(٥/٣٥٢).

باب أصول المسائل

الفروض ستة، وهى نوعان: نصف وربع وثمن وثلثان وثلث وسدس، وهى تخرج من سبعة أصول: أربعة لا تعول[1] وثلاثة تعول، فالتى لا تعول هى ما كان فيها فرض واحد أو فرضان من نوع واحد فالنصف وحده من اثنين والثلث وحده أو مع الثلثين من ثلاثة والربع وحده أو مع النصف من أربعة والثمن وحده أو مع النصف من ثمانية، فهذه التى لا تعول. وأما التى تعول فهى التى يجتمع فيها فرض أو فرضان من نوعين فإذا اجتمع مع النصف سدس أو ثلث أو ثلثان فهى من ستة[2].

باب أصول المسائل

المسائل: جمع مسألة، وهي: مصدر سأل يسأل مسألة، وسؤالا، فهو من إطلاق المصدر على المفعول، كخلق بمعنى: مخلوق، فقولنا: مسألة، أي: مسئولة، بمعنى: يسأل عنها.

على قوله: «الفروض» المقدرة في كتاب الله تعالى. المبدع(٥/٣٥٢).

على قوله: «وربع» وهو فرض اثنين. المبدع(٥/٣٥٣).

على قوله: «وثمن» وهو فرض واحد. المبدع(٥/٣٥٣).

على قوله: «وثلثان» وهو فرض أربعة. المبدع(٥/٣٥٣).

على قوله: «وثلث» وهو فرض اثنين. المبدع(٥/٣٥٣).

على قوله: «وسدس» وهو فرض سبعة. المبدع(٥/٣٥٣).

(١) قوله: «أربعة لا تعول» أى لأن كل مسألة فيها فرض مفرد فأصلها من مخرجه، وإن اجتمع معه فرض من نوعه فأصلها من مخرج أقلهما لأن مخرج الكبير داخل في مخرج الصغير. المبدع(٥/٣٥٣).

على قوله: «هى ما كان فيها فرض واحد» وما بقى. المبدع(٥/٣٥٣).

على قوله: «أو فرضان من نوع» كنصفين في مسألة وهى زوج وأخت لأبوين أو لأب وتسمى اليتيمتين لأنهما فرضان ورث بهما المال ولا ثالث لهما. المبدع(٥/٣٥٣).

على قوله : «فهذه التى لا تعول» لأن العول ازدحام الفروض ولا يوجد ذلك هنا. المبدع (٥/٣٥٣).

(٢) قوله: «فإذا اجتمع مع النصف إلخ» أى لأن مخرج النصف من اثنين والسدس من ستة فهو داخل فيه فيكتفي به وخرج الثلث من ثلاثة والنصف من اثنين فتضرب إحداهما في الأخرى تكن ستة وذلك أصل المسألة وهو مخرج السدس. زوج وأم وأخت لأم. انظر/ المبدع(٥/٣٥٣).

وتعول إلى عشرة[1] ولا تعول إلى أكثر من ذلك. وإن اجتمع مع الربع أحد الثلاثة فهي من اثني عشر [2]، وتعول على الأفراد إلى سبعة عشر[3] ولا تعول إلى

«**لا تعول**» قال الجوهري، العول: عول الفريضة، وقد عالت، أي: ارتفعت [4]، وهو: أن تزيد سهاماً، فيدخل النقص على أهل الفرائض. قال أبو عبيد: أظنه مأخوذاً من الميل، ويقال أيضاً: عال زيد الفرائض، وأعالها، بمعنى: يتعدى، ولا يتعدى، وعالت هي نفسها: إذا دخل النقص على أهلها.

---

(١) قوله: «وتعول إلخ» العول زيادة في السهام نقص في أنصباء الورثة فيعول هذا الأصل إلى سبعة كزوج وأختين لأبوين أو لأب أو إحداهما من أبوين والأخرى من أب. وإلى ثمانية كزوج وأخت من أبوين وأم وتسمى المباهلة لأن عمر شاور الصحابة فيها فأشار العباس بالعول واتفقت الصحابة عليه إلا ابن عباس لكن لم يظهر النكير في حياته فلما مات عمر دعا إلى المباهلة وقال من شاء باهلته أن الذي أحصى رمل عالج عدداً لم يجعل في المال نصفاً ونصفاً وثلثاً، إذا ذهب النصفان فأين محل الثلث، وايم الله لو قدموا من قدم الله وأخروا من أخر الله ما عالت مسألة فقط. فقيل له لم لا أظهرت هذا زمن عمر؟ قال كان مهيباً فهبته. وإلى تسعة كزوج وأم وثلاث أخوات مفترقات ويسمى عولها الغراء. لأنها حدثت بعد المباهلة واشتهر القول بها. وإلى عشرة كزوج وأم وأختين من أبوين وأختين من أم وهي أم الفروخ ومن عالت مسألته إلى ثمانية أو تسعة أو عشرة لم يكن الميت إلا امرأة لأنه لابد فيها من زوج. المبدع(٥/٣٥٣).

(٢) قوله: «وإن اجتمع مع الربع إلخ» أي لأن مخرج الربع أو الثلث لا موافقة بينهما فاضرب أحدهما في الآخر والرابع والسدس بينهما موافقة بالإنصاف فاضرب وفق أحدهما في الآخر يبلغ ذلك ولابد في هذا الأصل من أحد الزوجين لأجل فرض الربع كزوج وأبوين وخمس بنين. المبدع (٥/٣٥٤).

على قوله: «وإن اجتمع مع الرجل أحد الثلاثة» أي الثلثان أو الثلث أو السدس. المبدع(٥/ ٣٥٤).

(٣) قوله: «وتعول على الأفراد إلخ» أمثلة العول: زوج وابنتان وأم تعول إلى ثلاثة عشر، امرأة وثلاث بنات مفترقات، زوج وابنتان وأم تعول إلى خمسة عشر، امرأة وأختان من أب وأختان من أم امرأة وأم وأختان لأبوين أو لأب وأختان لأم تعول إلى سبعة عشر، ثلاث نسوة وجدتان وأربع أخوات لأم وثمان أخوات لأبوين أو لأب تعول إلى سبعة عشر وتسمى أم الأرامل، ومتى عالت إلى سبعة عشر لم يكن الميت فيها إلا رجلاً وإنما كان عول هذا الأصل على الأفراد لأن فيها فرضاً يباين سائر فروضها وهو الربع فإنه ثلاثة وهو فرد وسائر فروضها أزواج. انظر/ المبدع(٥/٣٥٤).

(٤) انظر/ لسان العرب (٤/٣١٧٥) [عول].

أكثر منها. وإن اجتمع مع الثمن سدس أو ثلثان فأصلها من أربعة وعشرين[1] وتعول إلى سبعة وعشرين ولا تعول إلى أكثر منها[2] وتسمى البخيلة لقلة عولها والمنبرية لأن عليا رضى الله عنه سئل عنها على المنبر فقال: صار ثمنها تسعا.

«**وتعول على الأفراد**» إنما كان عولها على الأفراد، دون الأزواج، لأن كل عددين، أو أعداد بعضها زوج وبعضها فرد، لا يكون مجموعهما إلا فرادى. ومسألة اثني عشر: لابد أن يكون فيها ربع، وهو: ثلاثة، وبقية الأعداد أزواج، فلذلك لا تعول إلا على الأفراد، وذلك لا تعول أربعة وعشرون إلا إلى سبعة وعشرين.

---

(١) قوله: «وإن اجتمع مع الثمن إلخ» أى فتضرب مخرج الثمن في مخرج الثلثين أو في وفق مخرج السدس يبلغ ذلك وإنما لم يذكر الثلث لأنه لا يجتمع مع الثمن لكونه فرض الزوجة مع الولد ولا يكون الثلث في مسألة فيها ولد لأنه لا يكون إلا لولد الأم والولد يسقطهم وللأم بشرط عدم الولد زوجة وأم وابنتان. المبدع (٥/ ٣٥٥).

(٢) قوله: «وتعول إلخ» وهو أن يكون في الورثة من له ثمن ونصف وثلاثة أسداس كزوجة وبنت وبنت ابن وأبوين وأن يكون فيهم من له ثمنٍ وسدسان وثلثان كزوجة وأبوين وابنتين، ولا يكون الميت في هذا الأصل إلا رجلاً، بل لا تكون المسألة من أربعة وعشرين إلا وهو رجل. المبدع(٥/٣٥٥).

فصل في الرد

وإذا لم تستوعب الفروض المال ولم يكن عصبة رد على ذوى الفروض بقدر فروضهم[1] إلا الزوج والزوجة فإن كان المردود عليه واحدا أخذ المال كله وإن كان فريقا من جنس واحد كبنات أو أخوات اقتسموه كالعصبة[2] وإن اختلفت أجناسهم فخذ عدد سهامهم من أصل ستة واجعله أصل مسألتهم[3] فإن كانا سدسين كجدة وأخ من أم فهي من اثنين، وإن كان مكان الجدة أم فهى من ثلاثة[4] وإن كان مكانها أخت لأبوين فهى من أربعة[5] وإن كان معها أخت

---

(١) قوله: «وإذا لم تستوعب الفروض إلخ» وهذا قول عمر وعلى وابن مسعود وقاله الحسن وابن سيرين وشريح وعطاء ومجاهد والثورى وأبو حنيفة وأصحابه قال ابن سراقة وعليه العمل اليوم في الأمصار وعن أحمد لا يرد على ولد الأم مع الأم ولا جدة مع ذى سهم. وقال زيد الفاضل عن ذوى الفروض لبيت المال ولا يعطي أحد فوق فرضه وهو رواية عن أحمد وبه قال مالك والشافعي لقوله تعالى: ﴿ فَلَهَا نِصۡفُ مَا تَرَكَ ﴾ ومن رد عليها أعطاها الكل وجوابه قوله تعالى: ﴿ وَأُوْلُواْ ٱلۡأَرۡحَامِ بَعۡضُهُمۡ أَوۡلَىٰ بِبَعۡضٍ﴾ وقد رجحوا بالقرب إلى الميت فكان أولى من بيت المال، يؤيده قوله عليه السلام «من ترك مالا فلورثته» ولحديث واثلة تحوز المرأة ثلاثة مواريث. المبدع(٥/ ٣٥٦-٣٥٧).

على قوله: «فإن كان المردود عليه واحداً» كأم وجدة أو بنت أو أخت. المبدع(٥/٣٥٧).

على قوله: «أخذ المال كله» بالفرض والرد. المبدع(٥/٣٥٧).

(٢) قوله: «اقتسموه كالعصبة» أى من البنين والإخوة فإن انكسر عليهم ضربت عددهم في مسألة الرد. المبدع(٥/٣٥٧).

على قوله: «اقتسموه» لأنهم استووا فيه. المبدع(٥/٣٥٧).

على قوله: «فخذ عدد سهامهم من أصل ستة» أبدا لأن الفروض كلها تخرج من ستة إلا الربع والثمن فإنهما فرضا الزوجين وليسا من أهل الرد. المبدع(٥/٣٥٧).

(٣) قوله: «واجعله أصل مسألتهم» أى فيقسم المال عليهما وينحصر ذلك في أربعة أصول: الأول قوله: فإن كانا سدسين إلخ أى للجدة السدس وللأخ من الأم السدس أصلها اثنان ثم يقسم المال بينهما لكل واحد نصف المال لأن كلا منهما يدلى بمثل ما يدلي به الآخر. المبدع(٥/٣٥٧).

(٤) قوله: «وإن كان مكان الجدة إلخ» هذا الأصل الثاني، أى للأم الثلث وللأخ من الأم السدس ثم يقسم المال بينهما على ثلاثة للأم سهمان لأنها تدلى بمثلى الأخ وللآخر سهم. المبدع(٥/٣٥٨).

(٥) قوله: «وإن كان مكانها أخت إلخ» هذا الأصل الثالث فللأخت النصف وللأخ =

لأب فهي من خمسة [1] ولا تزيد على هذا أبداً لأنها لو زادت سدسا آخر لكمل المال. وإن انكسر على فريق منهم ضربته في عدد سهامهم لأنه أصل مسألتهم[2] فإن كان معهم أحد الزوجين فأعطه فرضه من أصل مسألته وقسم الباقي على مسألة الرد وهو ينقسم إذا كان زوجة ومسألة الرد من ثلاثة فللزوجة الربع والباقي لهم فتصير المسألة من أربعة، وفي غير هذا تضرب مسألة الرد في مسألة

((**وإن كانت فريقا**)) الضمير في ((كان)) للمردود عليه، والفَرِيق، والفِرَق، والفِرْقة: الطائفة.

= من الأم السدس فالمال مقسوم بينهما على أربعة لأن الأخت تدلي بثلاثة أمثال الأخ. المبدع(٥/٣٥٨).

(١) قوله: ((وإن كان معها أخت إلخ)) هذا الأصل الرابع فللأخت من الأبوين النصف وهو ثلاثة أسداس وللأخت من الأب السدس وللأخ من الأم السدس وكذا ثلاث أخوات مفترقات وأم وأخت من أبوين وأخت لأم وبنتين وجدة. انظر/ المبدع(٥/٣٥٨).

على قوله: لأنها لو زادت سدساً آخر لكمل المال)) ولم يبق شيء يرد. المبدع(٥/٣٥٨).

على قوله: ((وإن انكسر على فريق منهم ضربته)) أى ضربت عدد الفريق المنكسر عليهم. المبدع(٥/٣٥٨).

على قوله: ((في عدد سهامهم)) أى سهام الورثة جميعهم. المبدع(٥/٣٥٨).

(٢) قوله: ((لأنه أصل مسألتهم)) أى كما صارت السهام في القول هى المسألة التى تضرب فيها العدد. بيان ذلك في أصل اثنين أربع جدات وأخ من أم للجدات سهم لا ينقسم عليهن فتضرب عددهن في أصل المسألة وهو اثنان تكن ثمانية للأخ أربعة ولكل واحد سهم. أصل ثلاثة أم وثلاث أخوات من أم للأخوات سهمان لا يصح عليهن فتضرب عددهم في أصل المسألة وهو ثلاثة تكن تسعة ومنها تصح. أصل أربعة أخت لأبوين وأربع أخوات لأب لهن سهم لا ينقسم عليهن فاضرب عددهن في أصل المسألة وهو أربعة تكن ستة عشر ومنها تصح. أصل خمسة أم وأخت لأبوين وأربع أخوات لأب فاضرب عددهن في أصل المسألة تكن عشرين ومنها تصح. المبدع(٥/٣٥٨).

على قوله: ((ومسألة الرد من ثلاثة)) كأم وأخ من أم وزوجة وأم وأخوين من أم. المبدع(٥/٣٥٩).

على قوله: ((والباقي لهم)) فللأم من الأولى سهمان وللأخ سهم وفي الثانية للأم سهم وللأخوين سهمان. المبدع(٥/٣٥٩).

على قوله: ((فتصير المسألة من أربعة)) أى فتصح المسألتان من أربعة. المبدع(٥/٣٥٩).

الزوج فما بلغ فإليه تنتقل المسألة[1].

فإذا كان زوج وجدة وأخ من أم فمسألة الزوج من اثنين ومسألة الرد من اثنين تضرب إحداهما في الأخرى تكن أربعة وإن كان مكان الزوج زوجة ضربت مسألة الرد في أربعة تكن ثمانية وإن كان مكان الجدة أخت لأبوين[2] انتقلت إلى ستة عشر وإن كان مع الزوجة بنت وبنت ابن انتقلت إلى اثنين وثلاثين، وإن كان معهم جدة صارت من أربعين ثم تصحح بعد ذلك على ما نذكره.

«**في الرد**» الرد في اللغة: الصرف، يقال: رد الشيء يرده رداً: إذا صرفه، فمعنى الرد في الفرائض: صرف المسألة عما هي عليه من الكمال إلى النقص، وهو عكس العول، فإن العول ينقص السهام، والرد يكثرها، فيصير السدس نصفاً، فيما إذا كان سدسين ونحو ذلك.

---

(١) قوله: «وفي غير هذا – إلى قوله – المسألة» فإذا أردت القسمة فلأحد الزوجين فرضه ولكل واحد من أهل الرد سهامه من مسألته مضروب في الفاضل عن فريضة الزوج فما بلغ فهو له إن كان واحدا وإن كانوا جماعة قسمته بينهم وإن لم ينقسم ضربته أو وفقه فيما انتقلت إليه المسألة وينحصر ذلك في خمسة أصول ذكرها المؤلف: الأول قوله فإذا كان زوج إلخ. انظر/ المبدع(٥/٣٥٩).

على قوله: «فمسألة الزوج من اثنين» لأن فرضه النصف ومخرجه من اثنين. المبدع (٥/ ٣٥٩).

على قوله: «وإن كان مكان الزوج زوجة» أى فإن كانت زوجة وجدة وأخا لأم. المبدع(٥/٣٥٩).

على قوله: «تكن ثمانية» ولا يكون الكسر في هذا الأصل إلا على الجدات.المبدع (٥/ ٣٥٩).

(٢) قوله: «وإن كان مكان الجدة أخت لأبوين» أى فإن كان معها زوجة وأخ من أم انتقلت إلى ستة عشر فللزوجة الربع واحد بقي ثلاثة على مسألة الرد وهى من أربعة لا توافق ولا تنقسم فاضرب إحداهما في الأخرى ستة عشر للزوجة أربعة وللأخت من الأبوين تسعة وللأخ من الأم ثلاثة. المبدع(٥/٣٥٩-٣٦٠).

على قوله: «قسمة صحيحة» أى بلا كسر. المبدع(٥/٣٦١).

لجماعتهم[1]، إلا أن يوافق عددهم سهامهم بنصف أو ثلث أو غير ذلك من الأجزاء[2] فيجزئك ضرب وفق عددهم[3] ثم يصير لكل واحد وفق ما كان لجماعتهم، وإن انكسر على فريقين وأكثر وكانت متماثلة كثلاثة وثلاثة اجتزأت[4] بأحدها وإن كانت متناسبة- وهو أن تنسب الأقل إلى الأكثر بجزء من أجزائه كنصفه أو ثلثه أو ربعه- اجتزأت بأكثرها وضربته في المسألة وعولها[5] وإن كانت[6] متباينة ضربت بعضها في بعض فما بلغ ضربته في

---

(١) قوله: «فيصير لكل واحد إلخ» أي ففى الأولى لكل أخ سهمان وفي الثانية لكل بنت ثمانية. المبدع (٣٦٢/٥).

(٢) قوله: «إلا أن يوافق إلخ» أي كما لو كان الإخوة أربعة فإن سهامهم توافقهم بالنصف وهو اثنان. المبدع (٣٦٢/٥).

(٣) قوله: «فيجزيك ضرب وفق إلخ» فزوجة وأربعة عشر ابنا للزوجة الثمن والباقي وهو سبعة للبنين لا يصح ويوافق بالأسباع فاضرب وفق البنين وهو سهمان في ثمانية تكن ستة عشر للزوجة سهم في اثنين باثنين وللبنين سبعة في اثنين بأربعة عشر لكل ابن سهم وهو وفق ما كان لجماعتهم لأن الذي لجماعتهم سبعة ووفقها هنا سهم لأن الموافقة هنا بالأسباع. المبدع(٣٦٢/٥).

على قوله: «وإن انكسر على فريق أو أكثر» لم يخل من أربعة أقسام إما المماثلة أو المناسبة أو التباين أو الموافقة وأشار إلى كل منها فقال في الأول وكانت متماثلة إلخ. المبدع(٣٦٢/٥).

(٤) قوله: «اجتزأت بأحدها» طريق قسمتها كطريق القسمة فيما إذا كان الكسر على فريق واحد كثلاثة إخوة لأم وثلاثة إخوة لأب لولد الأم الثلث والباقي لولد الأب أصلها من ثلاثة سهم كل فريق منهم لا ينقسم ولا يوافق فيكتفي بأحد العددين وهو ثلاثة فاضربها في أصل المسألة تكن تسعة لولد الأم سهم في ثلاثة بثلاثة لكل واحد سهم ولولد الأب اثنان في ثلاثة نسبته لكل واحد سهمان مثل ما كان لجماعتهم ولو كان ولد الأب ستة وافقت سهامهم بالنصف فيرجع عددهم إلى ثلاثة وكان العمل كما ذكرنا. انظر/ المبدع(٣٦٢/٥).

(٥) قوله: «وإن كانت متناسبة إلخ» وعولها إذا كانت عائلة كجدتين وأربعة إخوة لأب للجدتين السدس وللإخوة ما بقى أصلها من ستة عددهم لا يوافق سهامهم وعدد الجدات نصف عدد الإخوة فاجتزأت بالأكبر وهو أربعة وأصل به في أصل المسألة تكن أربعة وعشرين للجدات سهم في أربعة بأربعة وللإخوة خمسة في أربعة بعشرين لكل واحد خمسة ولو كان عدد الإخوة عشرين لوافقتهم سهامهم بالأخماس فيرجع عددهم إلى أربعة والعمل كذلك ومسألة العول اثنا عشر أختا لأب وثلاث أخوات لأم وست جدات المسألة من ستة وتعول إلى سبعة والثلاث ربع الاثني عشر والست نصفها فاضرب اثني عشر في سبعة تكن أربعة وثمانين. المبدع(٣٦٢/٥).

(٦) قوله: «وإن كانت متباينة» أي لا يماثل أحدهما صاحبه ولا يناسبه ولا يوافقه. المبدع (٣٦٣/٥).

المسألة[1] وعولها وإن كانت متوافقة كأربعة وستة وعشرة ضربت وفق أحدهما في الآخر ثم وافقت بين ما بلغ وبين الثالث وضربت وفق أحدهما في الآخر ثم اضرب ما معك في أصل المسألة وعولها إن كانت[2] عائلة فما بلغ فمنه تصح فإذا أردت القسمة فكل من له شيء من أصل المسألة مضروب في العدد الذي ضربته في المسألة فما بلغ فهو له إن كان واحداً وإن كانوا جماعة قسمته عليهم.

«**ضربت وفق أحدهما**» قال الجوهري: الوَفْق: من الموافقة بين الشيئين، يقال: حلوبته وفق عياله، أي: لها لبن قدر كفايتهم، فالوفق هنا: الجزء الذي وافق به أحد العددين الآخر. والله أعلم.

---

(١) قوله: «ضربت بعضها إلخ» أى تضرب بعضها في بعض فما بلغ فهو جزء السهم ثم تضربه في المسألة فما بلغ فمنه تصح مثاله أم وثلاثة إخوة لأم وأربعة لأب أصلها من ستة لولد الأم سهمان لا يوافقهم ولولد الأب ثلاثة لا يوافقهم والعددان متباينان فاضرب أحدهما في الآخر يكن اثني عشر وهو جزء السهم فاضربه في أصل المسألة يكن اثنين وسبعين ومنها تصح للأم سهم في اثني عشر مثلها ولولد الأم سهمان في اثني عشر بأربعة وعشرين لكل واحد ثمانية ولولد الأب ثلاثة في اثني عشر بستة وثلاثين لكل واحد تسعة. المبدع(٥/٣٦٣).

(٢) قوله: «وإن كانت متوافقة إلخ» مثاله ست جدات وتسع بنات وخمسة عشر أخا أصلها من ستة والأعداد متوافقة بالأثلاث فتوقف الخمسة عشر مثلاً ثم اضرب وفق الجدات وهو اثنان في جميع الآخر وهو تسعة يكن ثمانية عشر وبينها وبين الموقوف موافقة فاضرب وفقها وهو ستة في خمسة عشر يبلغ تسعين هى جزء السهم فاضربها في أصل المسألة تبلغ خمسمائة وأربعين هذا إذا كانت الأعداد ثلاثة فما فوق فإن كان عددان متوافقان فإنك ترد أحدهما إلى وفقه وتضربه في جميع الآخر فما بلغ ضربته في المسألة كزوج وست جدات وتسع أخوات فيتفقان بالأثلاث فترد الجدات إلى ثلثهن اثنين وتضربها في عدد الأخوات تكن ثمانية عشر وهى جزء السهم ثم تضرب ذلك في أصل المسألة تكن مائة وثمانية ومنها تصح.

على قوله: «وإن كانت متوافقة» بجزء من الأجزاء الطبيعية.

على قوله: «كأربعة وستة وعشرة » فإنها توافق بالإنصاف.

على قوله: «وبين الثالث» أى الموقوف. انظر/ المبدع(٥/٣٦٣).

باب المناسخات

ومعناها أن يموت بعض ورثة الميت قبل قسمة تركته، ولها ثلاثة أحوال: (أحدها) أن يكون ورثة الثاني يرثونه على حسب ميراثهم من الأول [1] مثل أن يكونوا عصبة لهما فاقسم المال بين من بقي منهم ولا تنظر إلى الميت الأول. (الثاني) أن يكون ما بعد الميت الأول من الموتى لا يرث بعضهم بعضا كإخوة خلف كل واحد منهم بنيه[2] فاجعل مسائلهم كعدد انكسرت عليهم سهامهم [3] وصحح على ما ذكرنا في باب التصحيح[4]. (الثالث) ما عدا ذلك فصحح مسألة الأول وانظر ما صار للثاني منها فاقسمه على مسألته فإن انقسم صحت المسألتان مما

---

(١) قوله: «أحدها أن يكون ورثة الثاني إلخ» أي كأربعة بنين وثلاث بنات ماتت بنت ثم ابن ثم بنت ثم ابن بقى ابنان وبنت فاقسم المال على خمسة ولا يحتاج إلى عمل وكذا تقول في أبوين وزوجة وابنين وبنتين ماتت بنت ثم الزوجة ثم ابن عم الأب ثم الأم فقد صارت المواريث كلها بين الابن والبنت الباقيين أثلاثاً واستغنيت عن عمل المسائل. المبدع(٥/٣٧٠).

(٢) قوله: «خلف كل واحد منهم بنيه» وذلك كرجل توفى وترك أربعة بنين فمات أحدهم عن ابنين والثاني عن ثلاثة والثالث عن أربعة والزوج عن ستة فالأولى من أربعة والثانية من اثنين والثالثة من ثلاثة والرابعة من أربعة والخامسة من ستة. انظر المبدع(٥/٣٧٠).

(٣) قوله: «فاجعل مسائلهم إلخ» أي لأن كل مسألة يستحقها فهي كالعدد المذكور. المبدع (٥/٣٧٠).

(٤) قوله: «وصحح إلخ» أي لأن المسائل الأعداد أربعة فالاثنان يدخلان في الأربعة والثلاثة في الستة والأربعة توافق الستة بالإنصاف فتضرب نصف أحدهما في الأخرى تكن اثني عشر ثم تضربها في المسألة الأولى تكن ثمانية وأربعين لورثة كل ابن اثنا عشر فلكل واحد من ابنى الأول ستة ولكل واحد من بنى الثاني أربعة ولكل واحد من بنى الثالث ثلاثة ولكل واحد من بنى الرابع سهمان. وإن كانت متباينة ضربت بعضها في بعض فما بلغ ضربته في الأولى كما لو خلف أحد الإخوة ابنين والآخر ثلاثة والآخر خمسة فإن كانت متماثلة اجتزأت بأحدها كما لو خلف كل واحد ابنين. المبدع(٥/٣٧٠).

على قوله: «الثالث ما عدا ذلك» وهو ثلاثة أقسام أحدها أن تنقسم سهام الميت الثاني على مسألته، الثاني أن لا تنقسم عليها بل توافقها، الثالث أن لا تنقسم عليها ولا توافقها. المبدع(٥/٣٧١).

على قوله: «فاقسمه على مسألته» بعد أن تصححها. المبدع(٥/٣٧١).

على قوله: «كرجل خلف امرأة وبنتا وأخا» هى من ثمانية . المبدع(٥/٣٧١).

على قوله: «فإن لها» من الأولى. المبدع (٥/٣٧١).

على قوله: «ومسألتها من أربعة» للزوج الربع سهم وللبنت النصف سهمان والباقي وهو سهم لعم. المبدع(٥/٣٧١).

صحت منه الأولى كرجل خلف امرأة وبنتا وأخا ثم ماتت البنت وخلفت زوجا وبنتا وعمها فإن لها أربعة ومسألتها من أربعة فصحت المسألتان من ثمانية وصار للأخ أربعة [1] وإن لم ينقسم وافقت بين سهامه ومسألته ثم ضربت وفق مسألته في المسألة الأولى ثم كل من له شيء من الأولى مضروب في وفق الثانية ومن له شيء من الثانية مضروب في وفق سهام الميت الثاني مثل أن تكون الزوجة أما للبنت في مسألتنا فإن مسألتها من اثني عشر توافق سهامها بالربع فترجع إلى

باب المناسخات

المناسخات: جمع مناسخة، وهي: مصدر ناسخ مناسخة، كخاصم مخاصمة، وجمعه: مناسخات، وناسخ: فاعل من النسخ، قال الجوهري: التناسخ في الميراث: أن يموت ورثة بعد ورثة، وأصل الميراث قائم لم يقسم [2].

«**ثلاثة**» بالجر منوناً: بدل من ربعها.

---

(١) قوله: «فصحت المسألتان من ثمانية وصار للأخ أربعة» أى صار له من أخيه ثلاثة ومن بنت أخيه سهم ومن ذلك أم وعم مات العم عن بنت وعصبة الأولى من ثلاثة والثانية من اثنين فصحت المسألتان من ثلاثة ثلاث أخوات مفترقات ماتت الأخت من الأبوين عن ابنتين ومن خلفت صحت المسألتان من خمسة بنت وبنت ابن وأخ ماتت البنت عن اثنتين وعمها فصحت المسألتان من ستة وصار للأخ ثلاثة. انظر/ المبدع(٥/ ٣٧١).
على قوله: «في المسألة الأولى» ليخرج بلا كسر. المبدع(٥/ ٣٧١).
على قوله: «مضروب في وفق سهام الميت الثاني» لأن به يعلم قدر ما لكل واحد. المبدع(٥/ ٣٧١).
على قوله: «في مسألتنا»أى في المسألة الأولى. المبدع(٥/ ٣٧٢).
على قوله: «فإن مسألتها من اثني عشر» لأن فيها نصفا وربعا وسدسا. المبدع (٥/ ٣٧٢).
على قوله: «توافق سهامها بالربع» لأن لها من الأولى أربعة بينها وبين الاثني عشر موافقة بالأرباع. المبدع(٥/ ٣٧٢).
على قوله: «فترجع إلى ربعها ثلاثة» لأنه وفقها. المبدع(٥/ ٣٧٢).
على قوله: «في الأولى» وهى ثمانية. انظر/ المبدع(٥/ ٣٧٢).
(٢) ذكره ابن منظور. انظر/ لسان العرب (٦/ ٤٤٠٧) [نسخ].

ربعها ثلاثة تضربها في الأولى تكن أربعة وعشرين[1]، وإن لم توافق سهامه مسألته ضربت الثانية في الأولى وكل من له شيء من الأولى مضروب في الثانية ومن له شيء من الثانية مضروب في سهام الثاني مثل أن تخلف البنت بنتين فإن مسألتها تعول إلى ثلاثة عشر تضربها في الأولى تكن مئة وأربعة تعمل على ما ذكرنا، فإن مات ثالث جمعت سهامه مما صحت منه الأوليان وعملت فيها عملك في مسألة الثاني مع الأولى وكذلك تصنع في الرابع ومن بعده.

باب قسم التركات

إذا خلف تركة معلومة فأمكنك نسبة نصيب كل وارث من المسألة فأعطه مثل تلك النسبة من التركة وإن شئت قسمت على المسألة وضربت الخارج بالقسم في نصيب كل وارث فما اجتمع فهو نصيبه وإن شئت ضربت سهامه في التركة وقسمتها على المسألة فما خرج فهو نصيبه، وإن شئت في مسائل المناسخات قسمت التركة على المسألة الأولى ثم أخذت نصيب الثاني وقسمته على مسألته وكذلك الثالث، وإن كان بين التركة والمسألة موافقة فوافق بينهما واقسم وفق التركة على وفق المسألة، وإن أردت القسمة على قراريط الدينار فاجعل عدد القراريط كالتركة المعلومة واعمل على ما ذكرنا فإن كانت التركة سهاما من عقار كثلث وربع ونحو ذلك فإن شئت أن تجمعها من قراريط الدينار وتقسمـــها على ما قلنا، وإن شئت وافقت بينها وبين المسألة

باب قسم التركات

التركات: جمع تركة، وهي التراث المتروك على الميت.

«**على قراريط الدينار**» القراريط: جمع قيراط. قال الجوهري: هو نصف دانق،

---

(١) قوله: «تكن أربعة وعشرين» أى للمرأة من الأولى سهم من ثلاثة بثلاثة وللأخ ثلاثة في ثلاثة بتسعة وللزوج من الثانية ثلاثة مضروبة في واحد لأنه الوفق بثلاثة وللميت ستة في واحد بستة وللأم سهمان في واحد بسهمين وللعم سهم. ومن ذلك زوج وأم وست أخوات مفترقات ماتت إحدى الأختين من الأم وخلفت من خلفت فالأولى من عشرة والثانية من ستة لأنها خلفت أما وأختين لأبوين وأختين من أب تضربها في الأولى ومنها تصح. انظر/ المبدع(٥/٣٧٢).

وأصله: وضربت المسألة أو وفقها في مخرج سهام العقار ثم كل من له شيء من المسألة مضروب في السهام الموروثة من العقار أو في وفقها فما كان فانسبه من المبلغ فما خرج فهو نصيبه.

باب ذوي الأرحام

وهم كل قرابة ليس بذي فرض ولا عصبة. وهم أحد عشر صنفا [1] : ولد البنـــات

قراط بالتشديد، لأن جمعه: قراريط، فأبدل من أحد حرفي تضعيفه ياء على ما ذكرناه في دينار. وقال أبو السعادات: القيراط: نصف عشر الدينار في أكثر البلاد، وأهل الشام يجعلونه جزءاً من أربعة وعشرين جزءاً. والله أعلم. [2]

«**مما صحت منه الأوليان**» هو بضم الهمزة: تثنية أولى، مؤنث أول. والله أعلم.

---

(١) قوله: «وهم أحد عشر إلخ» فهؤلاء يسمون ذوى الأرحام، وهم وارثون حيث لم يكن عصبة ولا ذو فرض من أهل الرد روى ذلك عن عمر وعلى وعبد الله وأبي عبيدة بن الجراح ومعاذ وأبي الدرداء وبه قال شريح وعمر بن عبد العزيز وطاوس وعلقمة ومسروق وأهل الكوفة وحكاه الخبرى عن أبي هريرة وعائشة وسائر الفقهاء. وكان زيد لا يورثهم وتجعل الباقي لبيت المال وبه قال مالك والأوزاعي والشافعي وأبو ثور وداود وابن جرير لما روى عطاء بن يسار أن رسول الله ﷺ ركب إلى قباء يستخير الله في العمة والخالة فأنزل الله أن لا ميراث لهما رواه سعيد في سننه والدارقطني. ولنا قوله تعالى: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلۡأَرۡحَامِ بَعۡضُهُمۡ أَوۡلَىٰ بِبَعۡضٍ﴾ الآية أي أحق بالتوارث في حكم الله قال العلماء كان التوارث في ابتداء الإسلام بالحلف لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ عَقَدَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡ فَـَٔاتُوهُمۡ نَصِيبَهُمۡ﴾ ثم نسخ ذلك وصار التوارث بالإسلام والهجرة فإذا كان له ولد ولم يهاجر ورثه المهاجرون دونه لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ وَلَمۡ يُهَاجِرُواْ مَا لَكُم مِّن وَلَٰيَتِهِم مِّن شَيۡءٍ حَتَّىٰ يُهَاجِرُواْ﴾ ثم نسخ بقوله تعالى: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلۡأَرۡحَامِ﴾ الآية وعن المقداد أن رسول الله ﷺ قال «الخال وارث من لا وارث له يعقل عنه ويرثه» رواه الشافعي وأحمد وغيرهما ورجاله ثقات، وروى أحمد وابن ماجه والترمذي وحسنه نحو هذا من حديث أبي أمامة، قال الترمذي وإلى هذا الحديث ذهب أكثر أهل العلم. انظر الشرح الكبير (٣/٤٨-٤٩).

(٢) أعلم أنهم اختلفوا في مقداره: فعند الأحناف: القيراط =[١,٢٠/ من الدينار]
فالقيراط = [٤,٢٥÷٢٠= ٠,٢١٢٥ جراماً].
وعند الجمهور = [١,٢٤ / من الدينار]
فالقيراط = [٤,٢٥ ÷٢٤= ٠,١٧٧١ جراماً].
انظر/ المكاييل والموازين لعلى جمعة (ص/١٧).

وولـــد الأخوات وبنات الإخوة وبنات الأعمام وبنو الإخوة من الأم والعم من الأم والعمات والخالات والأخوال وأبو الأم وكل جدة أدلت بأب بين أمين أو بأب أعلى من الجد ومن أدلى بهم ويرثون بالتنزيل (١) وهو أن تجعل كل شخص

باب ذوي الأرحام

الأرحام: جمع رحم، بوزن كتف، وفيه اللغات الأربع في الفخذ، قال أبو عباد: وهو بيت منبت الولد: ووعاؤه في البطن. وقال الجوهري: الرحم: رحم الأنثى وهي مؤنثة، والرحم: القرابة. قال صاحب «المطالع» يقال: رحم، ورحم، وهي معنى من المعاني، وهو: النسب والاتصال الذي يجمع رحم والده، فسمي المعنى باسم ذلك المحل تقريباً للأفهام، واستعارة جارية في فصيح الكلام. قلت: يطلق ذو الرحم على كل قرابة، وهو المراد بقول المصنف رحمه الله تعالى في أول كتاب «**الفرائض**»: رحم، ونكاح، وولاء. ويطلق ويراد به: كل من ليس بذي فرض، ولا عصبة، وهو المراد بقوله في آخر كتاب «**الفرائض**»: ذو فرض وعصبات، وذو رحم، وهو المراد بقوله هنا: ذوي الأرحام.

«**ليس بذي فرض ولا عصبة**» يجوز جر «عصبة» عطفاً على «ذي» أي: ولا بعصبة، ويجوز نصبه عطفاً على محل المجرور، كأنه قال: ليس ذا فرض، ولا عصبة.

«**أدلت بأب**»، أي: توسلت به، يقال: أدلى فلان بحجته، أي: احتج بها، ويقال: دلوت الدلو وأدليتها: إذا أرسلتها في البئر، وإذا جذبتها. والمشهور في اللغة: أدليت الدلو: أرسلتها ودلوتها: جذبتها، ويقال: دلوت بفلان إليك، أي: استشفعت به.

على قوله: «وكل جدة أدلت بأب بين أمين» بلا نزاع. المبدع (٥/٣٨٠)

على قوله: «أو بأب أعلى من الجد» وهذا الصحيح من المذهب، وقيل من ذوى الفروض اختاره الشيخ تقي الدين وصاحب الفائق وقال هو ظاهر كلام الخرقي. المبدع(٥/٣٨٠).

(١) قوله: «ويرثون بالتنزيل» هذا المذهب وعليه الأصحاب وعنه أنهم يرثون على ترتيب العصبات وهو قول أبي حنيفة وأصحابه فجعلوا أولاهم أولاد البنات ثم أولاد الأخوات ثم الأخوال والخالات وأولاهم من كان لأبوين ثم لأب. المبدع(٥/٣٨٢).

بمنزلة من أدلى به[1] فتجعل ولد البنات والأخوات كأمهاتهم[2] وبنات الإخوة والأعمام وولد الإخوة من الأم كآبائهم والأخوال والخالات وآباء الأم كالأم والعمات والعم من الأم كالأب، وعنه كالعم، ثم تجعل نصيب كل وارث لمن أدلى به[3] وإن أدلى جماعة منهم بواحد واستوت منازلهم منه فنصيبه بينهم بالسوية ذكرهم وأنثاهم سواء[4]، وعنه للذكر مثل حظ[5] الأنثيين إلا ولد

---

(١) قوله: «وهو أن تجعل كل شخص إلخ» أى لأنهم نزلوا كل فريق منهم منزلة الوارث الذي يدلي به وقسموا نصيب الوارث بين المدلين به على قدر ميراثهم منه فإن بعدوا نزلوا درجة درجة حتى يصلوا إلى من يمتون به فيأخذون ميراثه. انظر/ المبدع(٥/٣٨٢).

(٢) قوله: «فتجعل ولد البنات إلخ» روى ذلك عن على وعمار وابن مسعود، وهذا هو الصحيح في تنزيل العمة أبا والخالة أما لما روى الزهري وفي ابن المنجا عن أنس أن رسول الله ﷺ قال «العمة بمنزلة الأب إذا لم يكن بينهما أب والخالة بمنزلة الأم إذا لم يكن بينهما أم» رواه أحمد ولأن الأب أقوى جهات العمة والأم أقوى جهات الخالة فتعين تنزيلهما بهما دون غيرهما. المبدع(٥/٣٨٢-٣٨٣).
على قوله: «وعنه» أن العمة والعم من الأم كالعم. المبدع(٥/٣٨٢).
على قوله: «كالعم» روى عن على وقاله علقمة ومسروق. فعلى هذا تجعلهن كلهن بمنزلة العم من الأبوين لأنه أقواهم. انظر/ المبدع(٥/٣٨٣).
[مسائل] من ذلك بنت بنت وبنت بنت ابن المال بينهما على أربعة فإن كان معهما بنت أخ فالباقي لها وتصح من ستة فإن كان معهما خالة فلبنت البنت النصف ولبنت بنت الابن السدس تكملة الثلثين وللخالة السدس والباقي لبنت الأخ فإن كان مكان الخالة عمة حجبت بنت الأخ وأخذت باقي المال لأن العمة كالأب فتسقط من هو بمنزلة الأخ ومن نزلها عماً جعل الباقي لبنت الأخ وأسقط بها العمة. المبدع(٥/٣٨٣).

(٣) قوله: «ثم تجعل نصيب كل وارث إلخ» أى كما ذكرنا. المبدع(٥/٣٨٤).

(٤) قوله: «وإن أدلى جماعة بواحد إلخ» هذا المذهب نص عليه نقل الأثرم وإبراهيم بن الحارث في الخال والخالة يعطون بالسوية وهذا قول أبي عبيد وإسحاق لأنهم يرثون بالرحم المجردة فاستوى ذكرهم وأنثاهم كولد الأم. المبدع(٥/٣٨٤).
على قوله: «واستوت منازلهم منه» بأن كانوا في درجة واحدة. المبدع(٥/٣٨٤).
على قوله: «بالسوية» كإرثهم منه. المبدع (٥/٣٨٤).

(٥) قوله: «وعنه للذكر إلخ» هذا قول أهل العراق وعامة المنزلين كالأولاد لأن ميراثهم معتبر بغيرهم ولا يجوز حملهم على ذوى الفروض لاستيعابهم المال به ولا على العصبة البعيد لانفراد الذكور به فوجب اعتبارهم بالقرب من العصبات. انظر المبدع (٥/٣٨٤).

الأم[1] وقال الخرقي يسوي بينهم إلا الخال والخالة، وإذا كان ابن وبنت أخت وبنت أخت أخرى فلبنت الأخت وحدها النصف وللأخرى وأخيها النصف[2] بينهما، وإن اختلفت منازلهم من المدلى به جعلته كالميت وقسمت نصيبه بينهم على ذلك كثلاث خالات مفترقات وثلاث عمات مفترقات فالثلث بين الخالات على خمسة أسهم والثلثان بين العمات، كذلك فاجتزئ بإحداهما واضربها في ثلاثة تكن خمسة عشر[3] للخالة التي من قبل الأب والأم ثلاثة أسهم وللتي من قبل

«فاجتزئ بأحدهما» هو بالهمز، وقد تقدم مثله عن قريب.

---

(١) قوله: «إلا ولد الأم» هذا متفق عليه بين الجميع لأن آباءهم يستوى ذكورهم وإناثهم وغايته أن يثبت للفرع ما للأصل، مثال ذلك ابن أخت معه أخته وابن بنت معه أخته المال بينهما نصفان على المذهب وأثلاثا على الثانية بنت بنت وبنت بنت ابن هى من أربعة عند المنزلين جميعهم، وعند أهل القرابة المال لبنت البنت فإن كان معهما بنتا بنت ابن أخرى فكأنهم بنتا ابن وبنت فمسألتهم من ثمانية وتصح من ستة عشر. المبدع(٥/٣٨٤).

على قوله: «فلبنت الأخت وحدها النصف» لأنه حق أمها. المبدع (٥/٣٨٥).

(٢) قوله: «وللأخرى وأخيها إلخ» يحتمل أن يكون بينهما نصفين وهو قول الجمهور فعلى هذا تصح من أربعة ويحتمل أن يكون بينهما أثلاثا وهو الرواية الأخرى فتصح من ستة والأول أظهر. المبدع(٥/٣٨٥).

على قوله: «جعلته كالميت» لأن جهة اختلاف المنازل تظهر بذلك. المبدع (٥/٣٨٥).

على قوله: «وقسمت نصيبه بينهم على ذلك» لأنه يجعل كالميت والميت يقسم نصيبه على ورثته بحسب منازلهم منه، ثم بين ذلك بقوله كثلاث إلخ. المبدع(٥/٣٨٥).

(٣) قوله: «فالثلث بين الخالات إلخ» أى لأن الخالات يدلين بالأم والعمات يدلين بالأب على المذهب فكأن الميت خلف أبا وأما فما صار للأم بين أخواتها على خمسة وكذلك في العمات فصار الكسر في الموضعين على خمسة. المبدع(٥/٣٨٥).

قوله: «فاجتزئ بإحداهما» أي إحداهما تجزئ عن الأخرى. المبدع(٥/٣٨٥).

قوله: «واضربها في ثلاثة» لأن فيها ثلثا فكل من القبيلين مسألته من ستة فترجع بالرد إلى خمسة وسهم كل قبيل لا ينقسم على مسألته ولا يوافق فاكتف بأحدهما لتماثله واضربه.

انظر المبدع(٥/٣٨٥).

=

الأب سهم وللتي من قبل الأم سهم[1] وللعمة التي من قبل الأب والأم ستة أسهم وللتي من قبل الأب سهمان وللتي من قبل الأم سهمان[2] فإن خلف ثلاثة أخوال مفترقين فللخال من الأم السدس والباقي للخال من الأبوين[3] وإن كان معهم أبو أم أسقطهم كما يسقط الأب الأخوة[4]، وإن خلف ثلاث بنات عمومة مفترقين فالمال لبنت العم من الأبوين وحدها[5]، وإن أدلى

((**كما يسقط الأب الأخوة**)) الإخوة: بكسر الهمزة وضمها: جمع أخ، أصله، أخو بالتحريك، لأنه جمع على إخاء كإناء، ويجمع أيضاً على إخوان، كحرب وحربان، وأكثر ما يستعمل الإخوان في الأصدقاء، والإخوة: في الولادة، ملخص من ((الصحاح)).

= على قوله: ((على خمسة أسهم)) لأنهن يدلين بالأم. المبدع(٥/٣٨٥).

على قوله: ((تكن خمسة عشر)) فللخالات سهم في خمسة مقسومة بينهن. المبدع(٥/٣٨٦).

(١) قوله: ((للخالة التي من قبل الأب والأم إلخ)) أى لأن الثلث قد صار للأم فيقسم بين أخواتها على ما ذكر لأنهن أخوات لها مفترقات فيقسم نصيبها بينهن بالفرض والرد المبدع(٥/٣٨٦).

(٢) قوله: ((وللعمة التي من قبل الأب إلخ)) وهذا قول عامة المنزلين وعند أهل القرابة للعمة من الأبوين الثلثان وللخالة من الأبوين الثلث وسقط سائرهم، فعلى ما ذكره المؤلف إن كان مع الخالات خال من أم ومع العمات عم من أم فسهم كل واحد من الفريقين بينهم على ستة وتصح من ثمانية عشر عند المنزلين. المبدع(٥/٣٨٦).

(٣) قوله: ((وإن خلف ثلاثة أخوال مفترقين إلخ)) أى كما لو خلف ثلاثة إخوة مفترقين فإنه يسقط الأخ من الأب بالأخ من الأبوين كسقوط الخال من الأب به فعلى هذا تصح المسألة من ستة. المبدع(٥/٣٨٦).

(٤) قوله: ((وإن كان معهم إلخ)) أى لأن حكم من يدلى مثل حكم المدلى به والأب المدلى به يسقط الإخوة فكذا أبو الأم المدلى به يسقطهم. المبدع(٥/٣٨٦).

على قوله: ((وإن كان معهم)) أى مع الأخوال. المبدع(٥/٣٨٦).

(٥) قوله: ((وإن خلف ثلاث بنات عمومة إلخ)) نص عليه لأنهن أقمن مقام آبائهن فبنت العم من الأبوين بمنزلة أبيها وبنت العم من الأب بمنزلة أبيها وبنت العم من الأم بمنزلة أمها. ولو مات شخص وخلف ثلاثة أعمام مفترقين كان الميراث للعم من الأبوين لسقوط العم من الأب به والآخر من ذوى الأرحام وهذا قول أهل القرابة وأكثر أهل التنزيل. وقال الثورى المال بين بنت العم من الأبوين وبنت العم من الأم على أربعة، وقال أبو عبيد لبنت العم من الأم السدس والباقي لبنت العم من الأبوين كبنات الإخوة. ورده في المغني بأنهن بمنزلة آبائهن وفارق بنات الإخوة لأن آباءهن يكون المال بينهم على ستة يرث الأخ من الأم مع الأخ من الأبوين بخلاف العمومة. انظر/ المبدع(٥/٣٨٧).

جماعة منهم بجماعة قسمت المال بين المدلى بهم كأنهم أحياء فما صار لكل وارث فهو لمن أدلى به[1] وإن أسقط بعضهم بعضا أعملت على ذلك، فإن كان بعضهم أقرب من بعض فمن سبق إلى الوارث ورث وأسقط غيره[2] إلا أن يكونا من جهتين فترل البعيد حتى يلحق بوارثه سواء سقط به القريب أو لا كبنت بنت بنت وبنت أخ لأم المال لبنت بنت البنت[3].

((**ثلاث بنات عمومة**)) العمومة: جمع: عم، كبعل وبعولة، والعمومة أيضاً: مصدر، يقال: وما كنت عماً، ولقد عممت عمومة، كالأبوة، والأخوة، والخؤولة، والأمومة، والبنوة.

---

(١) قوله: ((وإن أدلى جماعة إلخ)) أى فهو لمن أدلى به إذا لم يسبق بعضهم بعضا لأنهم وراثه فإذا خلف ثلاث بنات أخت لأبوين وثلاث بنات أخت لأب وثلاث بنات أخت لأم وثلاث بنات عم أقسم المال بين المدلى به فلبنات الأخت من الأبوين النصف ولبنات الأخت من الأب السدس وللآخرين كذلك والباقي وهو سهم للعم ثم أقسم نصيب كل وارث على ورثته فنصيب الأخت للأبوين على بناتها لا تصح ولا توافق وكذا نصيب الأخت للأم والأعداد متماثلة فاجتزئ ببعضها واضربه في أصل المسألة تكن ثمانية عشر لبنات الأخت للأبوين تسعة لكل واحدة ثلاثة ولبنات الأخت للأب ثلاثة لكل واحدة سهم ولبنات الأخت للأم كذلك ولبنات العم مثلهن. المبدع(٥/٣٨٨).
على قوله: ((كأنهم أحياء)) لأنهم أصل من أدلى به. المبدع(٥/٣٨٨).
على قوله: ((عملت على ذلك)) كأبي الأم والأخوال فأسقط الأخوال لأن الأب يسقط الأخوة والأخوات وثلاث بنات أخوة مفترقين لبنت الأخ للأم السدس والباقي للتي من الأبوين كآبائهن. المبدع(٥/٣٨٨).

(٢) قوله: ((وإن كان بعضهم أقرب إلخ)) أى ولو بعد عن الميت ويسقط غيره إذا كانا من جهة واحدة كبنت بنت وبنت بنت بنت المال للأولى لأن القريب يرث ويسقط البعيد وكخالة أم أبي أم الميراث للخالة لأنها تلقى الأم بأول درجة. المبدع(٥/٣٨٨).
على قوله: ((حتى يلحق بوارثه)) فيأخذ نصيبه. المبدع(٥/٣٨٨).
على قوله: ((سقط به القريب أو لا)) أى عند المترلين في ذلك. انظر/ المبدع(٥/٣٨٨).

(٣) قوله: ((كبنت بنت بنت إلخ)) أى لأن جدتها وهى البنت تسقط الأخ من الأم ومن ورث الأقرب جعله لبنت الأخ وحكى هذا في الترغيب رواية فقال الإرث للجهة القربى مطلقا والقول الأول ظاهر كلام أحمد نقل عنه جماعة في خالة وبنت خالة وبنت ابن عم للخالة الثلث ولابنه ابن العم الثلثان ولا تعطي بنت الخالة شيئاً. المبدع (٥/٣٨٨).

[فائدة] إذا انفرد واحد من ذوي الأرحام أخذ المال كله وإن كانوا جماعة فأدلوا بشخص واحد كخالة وأم أبي أم وابن خال فالمال للخالة لأنها تلقى الأم بأول درجة في قول عامة المترلين. المبدع(٥/٣٨٩).

والجهات أربع: الأبوة والأمومة والبنوة والأخوة[1]. وذكر أبو الخطاب العمومة جهة خامسة، وهو مفض إلى إسقاط بنت العم من الأبوين ببنت العم من الأم وبنت العمة وما نعلم به قائلاً. ومن أمت بقرابتين ورث بهما [2] وإن اتفق معهم

---

(١) قوله: ((والجهات إلخ)) أى لأن المدلى به لا يخرج عن ذلك هذا أحد الوجوه اختاره المصنف أولاً ويلزمه عليه إسقاط بنت الأخ وبنات الأخوات وبنوهن ببنات الأعمام والعمات قال الشارح وهو بعيد قال في المحرر وإذا كان ابن ابن أخت لأم وبنت ابن ابن أخ لأب فله السدس ولها الباقي ويلزم من جعل الأخوة جهة أن يجعل المال للبنت وهو بعيد جداً حيث يجعل أجنبيين أهل جهة واحدة ورده شارحه قال في الفائق وهو فاسد. واعلم أن الصحيح من المذهب أن الجهات ثلاث وهى الأبوة والأمومة والبنوة اختاره المصنف أخيراً والمجد والشارح فعلى هذا العم يدلى بالأبوة والخال يدلى بالأمومة وبنات الابن بالبنوة وبنات الأخت بالأخوة لكن يلزم عليه إسقاط بنت عمه لبنت أخ قال في الفائق وهو أفسد من الأول. انظر المبدع (٣٨٩/٥).

قال الشيخ تقي الدين النزاع لفظى ولا فرق بين جعل الأخوة والعمومة جهة وبين إدخالهما في جهة الأبوة والأمومة وتجعل الجهات ثلاثا والاعتراض في الصورتين لا حقيقة له لأنا إذا قلنا إذا كانا من جهة قدمنا الأقرب إلى الوارث وإذا قلنا من جهتين لم نقدم الأقرب إلى الوارث فاسم الجهة عند أبي الخطاب وغيره يعني به ما يشتركان فيه من القرابة ومعلوم أن بنات العم والعمة يشتركن في بنوة العمومة وبنات الأخوة يشتركن في بنوة الأخوة ولم يرد أبو الخطاب بالجهة الوارث الذي يدلى به ولهذا قرن بين الوارث الذي يدلي وبين الجهة فقال إلا أن يسبقه إلى وارث آخر غيره ويجمعهما جهة واحدة. وإذا نزلنا بنت العمة والعم منزلة الأب لم يمنع ذلك أن يكون جهة من جهة العمومة للمشاركة في الاسم. انتهى. انظر/ الإنصاف (٣٠٧/٧-٣٠٨).

[فائدة] المذهب أن البنوة كلها جهة واحدة. وعنه كل ولد للصلب جهة قال في المحرر وهى الصحيحة عندى فإن كانت بنت بنت بنت وبنت بنت ابن فالمال بينهما على أربعة إن قلنا كل ولد للصلب جهة وعلى المذهب المال للثانية لسبقها إلى الوارث ولو كان معهما بنت بنت بنت أخرى فالمال لولد بنتي الصلب على الأولى عمة وابن خال له الثلث ولها الباقي وإن كان معهما خالة أم سقط بها ابن الخال وكان لها السدس والباقي للعمة على المذهب وإذا كان ابن أخت لأم وبنت ابن بنت أخ لأب فلها الباقي. الإنصاف(٣٠٨/٧).

على قوله: ((والجهات)) أى التي يرث بها ذوو الأرحام. المبدع(٣٨٩/٥).

على قوله: ((وهو مفض إلى سقاط بنت العم من الأبوين ببنت العم من الأم وبنت العمة)) لأن بنت العم من الأم وبنت العمة يدليان بالأب وبنت العم من الأبوين تدلى بأبيها وهو عم والأب يسقط العم. انظر/ المبدع(٣٩٠/٥).

(٢) قوله: ((ومن أمت إلخ)) أى بإجماع من المورثين إلا ما يحكى عن أبي يوسف أنهم لا يرثون إلا بقرابة ولا يصح، وحسابه على ما تقدم أن يجعل القرابتين كشخصين.=

أحد الزوجين أعطيته فرضه غير محجوب ولا معاول وقسمت الباقي بينهم كما لو انفردوا، ويحتمل أن يقسم الفاضل عن الزوج بينهم كما يقسم بين من أدلوا به فإذا خلفت زوجا وبنت بنت وبنت أخت فللزوج النصف والباقي بينهما نصفين على الوجه الأول، وعلى الآخر ينقسم بينهما على ثلاثة لبنت البنت سهمان ولبنت الأخت سهم ولا يعول من مسائل ذوي الأرحام إلا مسألة واحدة وشبهها[1] وهي خالة وست بنات ست أخوات متفرقات تعول إلى سبعة [2].

«**ومن مت بقرابتين**» كان في «أصل» الشيخ بخط يده: ومن أمت، فأصلحه شيخنا الإمام شمس الدين أبو محمد عبد الرحمن بن أبي عمر: مت، لأن المصنف رحمه الله أذن له في الإصلاح، قال غير واحد من أهل اللغة: المت: التوسل، يقال: فلان يمت بكذا، أي: يتوسل.

«**ولا معاول**» هو بفتح الواو، أي: منقوص بالعول، والله أعلم.

= المبدع(٥/٣٩٠).

على قوله: «وإن اتفق معهم أحد الزوجين أعطيته فرضه غير محجوب ولا معاول» قال في المغني لا أعلم خلافاً بين من ورثهم أنهم يرثون مع أحد الزوجين ما فضل عن ميراثه من غير حجب ولا معاول لأن الله تعالى فرض للزوج والزوجة ونص عليهما فلا يحجبان بذوى الأرحام وهم غير منصوص عليهم. المبدع(٥/٣٩١).

على قوله: «وقسمت الباقي بينهم كما لو انفرد» هذا قول الإمام وعامة من ورثهم. انظر/ المبدع(٥/٣٩١).

على قوله: «كما يقسم بين من أدلوا به» وهو قول يحيى بن آدم وضرار وظاهر الخرقي. المبدع(٥/٣٩١).

على قوله: «وبنت أخت» لأبوين أو لأب. المبدع(٥/٣٩١).

على قوله: «على الوجه الأول» وهو المذهب وتصح من أربعة. المبدع(٥/٣٩١-٣٩٢)

على قوله: «ولبنت الأخت سهم» وتصح من ستة. المبدع(٥/٣٩٢).

(١) قوله: «وشبهها» أى ليس العمل مختصا بهذه المسألة بل يجرى فيها وفي كل مسألة فيها من يقوم مقام الأم أو الجدة ومن يقوم مقام الأخوات المفترقات ممن يأخذ المال كله بالفرض كخالة أو أبي أم وبنت أخ لأم وثلاث بنات ثلاث أخوات مفترقات. المبدع(٥/٣٩٢).

على قوله: «وشبهها» وهى أصل ستة. المبدع(٥/٣٩٢).

(٢) قوله: «خالة إلخ» أى فللخالة السدس لأنها تدلى بالأم ولبنتي الأخت من الأم الثلث ولبنتي الأختين من الأبوين الثلثان أربعة تعول إلى سبعة لأن العول الزائد على هذا لا يكون إلا لأحد الزوجين وليس ذلك في ذوي الأرحام. المبدع(٥/٣٩٢).

على قوله: «إذا مات عن حمل يرثه» وقف الأمر حتى يتبين فإن امتنعوا وطالب بقية الورثة بالقسمة أجيبوا إليها، و لم يعطوا المال بغير خلاف. انظر/ المبدع(٥/٣٩٣).

باب ميراث الحمل

إذا مات عن حمل يرثه وطالب بقية الورثة بالقسمة وقفت له نصيب ذكرين إن كان نصيبهما أكثر وإلا وقفت نصيب أنثيين[1] ودفعت إلى من لا يحجبه الحمل أقل ميراثه ولا تدفع إلى من يسقطه شيئاً، فإذا وضع الحمل دفعت إليه نصيبه ورددت الباقي إلى مستحقه. وإذا استهل المولود صارخا ورث وورث[2] وفي معناه العطاس والتنفس [3] والارتضاع [4] وما يدل على الحياة[5] فأما الحركـــة

باب ميراث الحمل

«**الحمل**» بفتح الحاء: ما في بطن الحبلى، ومصدر: حمل الشيء، والحمل بالكسر: ما حمل على ظهر. أو رأس. وفي حمل الشجرة وجهان: حكاهما ابن دريد، ويقال: امرأة حامل، وحاملة: إذا كانت حبلى، فإذا حملت شيئاً على رأسها أو ظهرها، فهي حاملة لا غير.

على قوله: «وقفت له نصيب ذكرين» لأن ولادة التوأمين كثير معتاد. المبدع(٥/٣٩٣).

على قوله: «إن كان نصيبهما أكثر» كرجل مات عن امرأة وابن وحمل فمسألته من ثمانية وتصح من أربعة وعشرين للذكرين أربعة عشر وهو أكثر من نصيب ابنتين. المبدع (٥/٣٩٣).

(١) قوله: «وإلا وقفت نصيب أنثيين» أى أن كان نصيبهما أكثر كرجل مات عن امرأة وأبوين وحمل فمسألته من أربعة وعشرين وتصح من سبعة وعشرين للأنثيين منها ستة عشر وهو أكثر من نصيب ذكرين. وضابطه أن الفروض متى زادت على ثلث المال فميراث الإناث أكثر. المبدع(٥/٣٩٣-٣٩٤).

(٢) قوله: «وإذا استهل المولود إلخ» هذا المذهب وبه قال ابن عباس والحسن وابن سيرين والنخعي والشعبي وربيعة ويحيى بن سعيد وأبو سلمة بن عبد الرحمن ومالك وأبو عبيد لما روى أبو هريرة مرفوعاً «إذا استهل المولود ورث» رواه أبو داود وعن جابر نحوه رواه ابن ماجه فدل أنه لا يرث بغير الاستهلال. المبدع(٥/٣٩٥).

(٣) قوله: «وفي معناه إلخ» هذا المذهب أيضاً نص عليه في العطاس. المبدع(٥/٣٩٦).

(٤) قوله: «والرضاع» يعني أنه كالاستهلال صارخا فيرث ويورث بذلك وهو المذهب. المبدع(٥/٣٩٦).

(٥) قوله: «وما يدل على الحياة» أى كالحركة الطويلة والبكاء وغيرهما مما يعلم به حياته وهذا المذهب وبه قال الثورى والشافعي والأوزاعي وأبو حنيفة وأصحابه وداود. الشرح الكبير(٤/٦٥).

والاختلاج فلا تدل على الحياة [1] وإن ظهر بعضه فاستهل ....

«وإذا استهل المولود صارخاً» قال الجوهري وغيره من أهل اللغة: استهل المولود: إذا صاح عند الولادة[2]. وقال القاضي عياض: استهل المولود: رفع صوته. فكل شيء رفع صوته، فقد استهل، وبه سمي الهلال هلالاً، لرفع الناس أصواتهم عند رؤيته. والإهلال بالحج: رفع الصوت بالتلبية، وحكى في «المغني» في الاستهلال المقتضي الميراث: ثلاث روايات.

إحداها: أنه الصراخ خاصة. **الثانية:** إذا صاح، أو عطس، أو بكى.

والثالثة: أن تعلم حياته بصوت أو حركة، أو رضاع، أو غيره، فلو قال المصنف رحمه الله تعالى: وإذا استهل المولود، ورث، كما قال في «الكافي»، لكان أولى، فإنه قال في «الكافي»: وإن وضعته فاستهل. ثم قال: وهو الصوت[3] فقوله في «المقنع»، صارخاً: حال مؤكدة، كقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَعْثَوْاْ فِي ٱلْأَرْضِ مُفْسِدِينَ ﴾ [البقرة: ٦٠].

«**وورث**» بضم الواو، وتخفيف الراء، ولا يجوز تشديدها، لفوات الدلالة على كونه موروثاً، وتكرير كونه وارثاً.

«**وفي معناه العطاس**» العطاس: مصدر عطس يعطس، ويعطس: بضم الطاء وكسرها. قال ابن القطاع، وصاحب «المحيط» فيه: عطس عطساً، فإذا كثر: عطاساً، لأنه حينئذ يصير داء، كالزكام، والسلال، فلو قال: وفي معناه العطس، لكان أولى.

«**الاختلاج**» الاضطراب، يقال: اختلجت عينه: إذا اضطربت.

«**فاستهل أحدهما وأشكل، أقرع بينهما**» أطلق العبارة، ولا يقرع بينهما إذا كانا ذكرين، ولا إذا كانا أنثيين، ولا ذكراً وأنثى أخوين لأم، ويقرع فيما سوى ذلك، والله أعلم.

---

(١) قوله: «فأما الحركة إلخ» أما مجرد الاختلاج فلا يدل على الحياة، وأما الحركة إن كانت يسيرة فلا تدل بمجردها على الحياة قال المصنف ولو علم معهما حياة لأنه لا يعلم استقرارها لاحتمال كونها كحركة المذبوح فإن الحيوان يتحرك بعد ذبحه حركة شديدة وهو كميت. وكذا التنفس اليسير لا يدل على الحياة وإن كانت طويلة فالمذهب أنها تدل على الحياة. انظر/ المبدع(٥/٣٩٦).

(٢)انظر/ لسان العرب (٦/٤٦٨٩) – [هلل].

(٣)ببكاء أو عطاس أو نحوه. انظر/ الكافي (٢/٤٠٠).

ثم انفصل ميتا لم يرث[1] وعنه يرث وإن ولدت توأمين فاستهل أحدهما وأشكل أقرع بينهما فمن خرجت قرعته فهو المستهل[2].

باب ميراث المفقود

وإذا انقطع خبره لغيبة ظاهرها السلامة كالتجارة ونحوها انتظر به تمام تسعين سنة من يوم ولد[3] وعنه ينتظر به أبداً. وإن كان ظاهرها الهلاك _كالذي يفقد من بين أهله أو في مفازة مهلكة كالحجاز أو بين الصفين حال الحرب أو في البحر إذا غرقت سفينته- انتظر به تمام أربع سنين ثم يقسم ماله[4].

باب ميراث المفقود

المفقود: اسم مفعول من: فقدت الشيء أفقده فقداً، وفقداناً وفقداناً، بكسر الفاء وضمها.

---

(١) قوله: «وإن ظهر بعضه إلخ» هذا المذهب وبه قال الشافعي وعنه يرث وقال أبو حنيفة وأصحابه إن خرج أكثره فاستهل ثم مات ورث لقوله عليه الصلاة والسلام: «إذا استهل المولود الخبر». ولنا أنه لم يخرج جميعه فأشبه ما لو مات قبل خروج أكثره. المبدع(٥/٣٩٦)، الشرح الكبير (٤/٦٦).

(٢) قوله: «وإن ولدت توأمين إلخ» مراده إذا كان إرثهما مختلفا، فلو كانا ذكرين أو أنثيين أو ذكرا وأنثى أخوين لأم لم يقرع بينهما ويقرع فيما سوى ذلك وهو واضح. المبدع(٥/٣٩٧).

(٣) قوله: «انتظر به تمام تسعين إلخ» هذا المذهب وهو قول عبد الملك بن الماجشون لأن الأصل الحياة والغالب أنه لا يعيش أكثر منها وعنه ينتظر أبداً فلا يقسم ماله ولا تتزوج امرأته حتى يعلم موته أو تمضى مدة لا يعيش مثلها وذلك مردود إلى اجتهاد الحاكم وهذا قول الشافعي ومحمد بن الحسن وهو المشهور عن مالك وأبي حنيفة وأبي يوسف لأن الأصل حياته والتقدير لا يصار إليه إلا بالتوقيف ولا توقيف ههنا فوجب التوقف عنه. الشرح الكبير (٤/٦٨).

(٤) قوله: «وإن كان ظاهرها الهلاك إلخ» هذا المذهب نص عليه لأنها أكثر مدة الحمل فإن لم يظهر له خبر قسم ماله واعتدت امرأته عدة الوفاة وحلت للأزواج نص عليه لأن الصحابة اتفقوا على اعتداد امرأته وحلها للأزواج وإذا ثبت ذلك في النكاح مع الاحتياط للأبضاع ففى المال أولى لأن الظاهر هلاكه وعنه ينتظر به تمام أربع سنين وزيادة أربعة أشهر وعشر لأنه الوقت الذي يباح لامرأته التزوج فيه و لم يفرق سائر أهل العلم بين هذه الصورة وبين سائر صور الفقدان فيما علمنا، إلا أن مالكا والشافعي في القديم وافقا في الزوجة وأنها تتزوج خاصة. والأظهر من مذهبه مثل قول الباقين. فأما ماله فاتفقوا على أنه لا يقسم حتى تمضى مدة لا يعيش في مثلها. انظر/ الشرح الكبير(٤/٦٩).

وعنه التوقف فإن مات موروثه في مدة التربص دفع إلى كل وارث اليقين ووقف الباقي[1] فإن قدم أخذ نصيبه، وإن لم يأت فحكمه حكم ماله ولباقي الورثة أن يصطلحوا على ما زاد عن نصيبه فيقسموه[2].

((**أو في مفازة مهلكة**)) قال الجوهري: المفازة: واحدة المفاوز، قال ابن الأعرابي: سميت بذلك تفاؤلاً بالسلامة، قلت: ويجوز أن يكون سميت مفازة: من فاز يفوز: إذا مات، حكاها ابن القطاع، وغيره، وقال: وهو من الأضداد، والمهلكة: بفتح الميم واللام، ويجوز كسرها، حكاها أبو السعادات، وغيره، ويجوز ضم الميم مع كسر اللام: اسم فاعل من أهلكت، فهي مهلكة، وهي الأرض يكثر بها الهلاك، يقال: هلك الشيء يهلك بكسر اللام، وأهلكه غيره، وحكى ابن القطاع: هلكه بمعنى: أهلكه، وحكاها أبو عبيد عن تميم.

((**في مدة التربص**)) التربص: الانتظار، يقال: ربصت به، وتربصت، أي: انتظرت.

((**اليقين**)) أي: المتيقن، والله أعلم.

---

(١) قوله: ((فإن مات موروثه إلخ)) وطريق العمل في ذلك أن تعمل المسألة على أنه حي ثم على أنه ميت ثم تضرب إحداهما أو وفقها في الأخرى واجتزئ بإحداهما إن تماثلتا أو بأكبرهما إن تناسبتا ويدفع إلى كل وارث اليقين ومن سقط في إحداهما لم يأخذ شيئاً وهذا المذهب، وقيل تعمل المسألة على تقدير حياته فقط ولا تقف شيئاً سوى نصيبه إن كان يرث قال في المحرر وهو أصح عندي. المبدع(٥/٣٩٩).

(٢) قوله: ((وإن لم يأت إلخ)) هذا الصحيح لأنه محكوم له به أشبه سائر ماله. والحاصل أنه متى بان المفقود حيا يوم موت موروثه فله حقه والباقي لمستحقه وإن بان ميتا فالموقوف لورثة الميت. وفي المغني وغيره. وكذا إن جهل وقت موته وإن انقضت مدة تربصه ولم يتبين شيء قسم ما وقف للمفقود على ورثته يومئذ كسائر ماله لأنه محكوم بحياته جزم به في الكافي والوجيز وصححه في المحرر وقيل يرد إلى ورثة الأول جزم به صاحب التبصرة والتهذيب والفصول والمستوعب والمغني لأنه مشكوك في حياته حين مات موروثه فلا يرث بالشك كالجنين، فعلى هذا لا يجوز في مدة التربص أن يقضي منه دينه ولا ينفق منه على زوجته أو بهيمته، وعلى الأول يجوز كسائر ماله. المبدع(٥/٤٠٠).

[فائدة] إذا قسم ماله ثم قدم أخذ ما وجده بعينه ويرجع على من أخذ الباقي على الصحيح من المذهب نص عليه، وعنه لا يرجع على من أخذ وقدمها في الرعاية واختاره جمع لأنه إنما قسم بحق لهم. انظر/ المبدع(٥/٤٠١).

باب ميراث الخنثى

وهو الذي له ذكر وفرج امرأة فيعتبر بمباله[1] فإن بال أو سبق بوله من ذكره فهو رجل، وإن سبق من فرجه فهو امرأة، وإن خرجا معا اعتبر أكثرهما فإن استويا فهو مشكل، فإن كان يرجى انكشاف حاله وهو الصغير أعطي هو ومن معه اليقين[2] ووقف الباقي حتى يبلغ فيظهر فيه علامات الرجال من نبات لحيته وخروج المنى من ذكره أو علامات النساء من الحيض ونحوه، وإن يئس من ذلك بموته أو عدم العلامات بعد بلوغه أعطي نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى[3] وإذا كان مع الخنثى بنت وابن جعلت

باب ميراث الخنثى

الخنثى: قال الجوهري: هو الذي له ما للرجال والنساء جميعاً، والجمع: الخناثى، كالحبالى.

«**بمباله**» المبال: مفعل من بال يبول، كالمقال: من قال يقول، والمعاد: من عاد يعود، والمراد: موضع البول، أي: يعتبر بمكان جريان بوله.

---

(١) قوله: «فيعتبر بمباله» قال ابن المنذر هو إجماع من نحفظ عنه من أهل العلم فإن بال من حيث يبول الرجل فهو رجل وإن بال من حيث تبول المرأة فهو امرأة وفيه حديث مرفوع رواه الكلبي عن أبي صالح عن ابن عباس وأول من قضى فيه بذلك عامر بن ظرب العدواني. المبدع(٥/٤٠٢).

على قوله: «فإن استويا» أي في وجود البول منهما وعدم سبقه وكثرته في أحدهما. المبدع (٥/٤٠٢).

على قوله: «وهو الصغير» واحتيج إلى قسم تركة من يرثه. المبدع (٥/٤٠٢).

(٢) قوله: «أعطى هو ومن معه اليقين» أى يعطي من يرث على تقدير ذكوريته وأنوثيته الأقل مما يرث فيهما ولا يعطي من يسقطه في أحد الحالين شيئاً ومن لا يختلف ميراثه منهما يعطى حقه كاملاً. المبدع(٥/٤٠٢).

(٣) قوله: «أعطى نصف ميراث ذكر إلخ» نص عليه وهو قول ابن عباس ولم يعرف له في الصحابة منكر وأهل مكة والمدينة واللؤلؤى وخلق ولأن حالتيه تساوتا فوجب التسوية بين حكمهما كما لو تداعى نفسان دارا بأيديهما ولا بينة لهما وليس نورثه بأسوأ حاله ولا سبيل إلى الوقف وسواء كان الخنثى ومن معه يتزاحمان من جهتين مختلفتين كولد خنثى وعم فإن الخنثى يزاحم العم في تعصيبه ببنوته فيمنعه من أخذ الباقي والعم يزاحمه بعمومته في الزائد على فرض البنت أو كولد خنثى وأب أو من جهة واحدة كالأولاد والإخوة المتفقين. انظر/ المبدع(٥/٤٠٣).

للبنت أقل عدد له نصف وهو سهمان وللذكر أربعة وللخنثى ثلاثة، وقال أصحابنا تعمل المسألة على أنه ذكر ثم على أنه أنثى ثم تضرب إحداهما أو وفقها في الأخرى إن اتفقتا وتجتزئ بإحداهما إن تماثلتا أو بأكثرهما إن تناسبتا وتضربها في اثنين ثم كل من له شيء من إحدى المسألتين مضروب في الأخرى أو في وفقهما أو تجمع ماله منهما إن تماثلتا، وإن كانا خنثيين أو أكثر نزلتهم بعدد أحوالهم، وقال أبو الخطاب: تنزلهم حالين مرة ذكورا ومرة إناثا والأول أولى.

«**فإن بال أو سبق بوله**» تقديره: فإن بال من ذكره، أو سبق بوله منه، والمراد: فإن بال من أحدهما، أو سبق بوله منه، فالحكم له.

«**فهو مشكل**» مشكل: بضم الميم وكسر الكاف، أي: ملتبس، يقال: أشكل الأمر، فهو مشكل. وحكى يعقوب، وصاحب «الواعي» وغيرهما: شكل الأمر بمعنى: أشكل، سمي بذلك لأنه لما تعارضت فيه علامات الرجال وعلامات النساء، التبس أمره، فسمي مشكلاً.

«**ثم تضرب إحداهما أو وفقها في الأخرى**» تقديره: يضرب إحداهما في الأخرى إن تباينتا، أو وفقها في الأخرى إن توافقتا.

ومثال المتباينتين: ابن وبنت وخنثى. ومثال المتوافقتين: زوج وأم وولد أب خنثى. ومثال المتماثلتين: زوجة وولد خنثى وعم. ومثال المتناسبتين: أم وبنت وولد خنثى وعم.

«**بعدد أحوالهم**» فللابنين: أربعة أحوال، وللثلاثة: ثمانية، وللأربعة: ستة عشر، وللخمسة: اثنان وثلاثون، وكذا ما زاد، والله أعلم.

باب ميراث الغرقى ومن عمي موتهم

إذا مات متوارثان وجهل أولهما موتا كالغرقى والهدمى[(١)] واختلف وراثهما في السابق منهما فقد نقل عن أحمد ﷺ في امرأة وابنها ماتا فقال زوجها ماتت فورثناها ثم مات ابني فورثته وقال أخوها مات ابنها فورثته ثم ماتت فورثناها أنه يحلف كل واحد منهما على إبطال دعوى صاحبه ويكون ميراث الابن لأبيه وميراث المرأة لأخيها وزوجها نصفين ذكرها الخرقي[(٢)] وهذا يدل على أنه يقسم ميراث كل ميت للأحياء من ورثته دون من مات معه، وظاهر المذهب أن كل واحد من الموتى يرث صاحبه من تلاد ماله دون ما ورثه من الميت معه ثم يقدر أحدهما مات أولا ويورث الآخر منه ثم يقسم ما ورثه منه على الأحياء

باب ميراث الغرقى ومن عمي موتهم

الغرقى: جمع غريق، كقتيل، وجريح. وأما الهدمى: فيجوز أن يكون جمع: هديم، بمعنى: مهدوم، كجريح، بمعنى مجروح، لكني لم أر هديماً منقولاً. والله أعلم.

«**عمي موتهم**» أي: خفي، من قولهم: عميت الأخبار عنك: إذا خفيت.

«**من تلاد ماله**» التلاد، والتالد: المال القديم الأصلي، والطارف، والطريف: المال المستحدث، وقد تلد المال، يتلد، ويتلد: بفتح اللام في الماضي وبكسرها، وضمها في المضارع، وقد طرف بضم الراء: ضد التلد.

---

(١) على قوله: «وجهل أولهما موتا كالغرقى والهدمى» أو علم أولهما موتا ثم نسي أو جهلوا عينه بأن علم السبق وجهل السابق أو جهل الحال وهذا المذهب في ذلك إذا لم يختلفوا في السابق بأن لم تدع ورثة كل سبق موت الآخر، وأما إذا جهل السابق منهما واختلف ورثتهما فيه ولا بينة أو كانت وتعارضت فالمذهب فيه ما قدمه المؤلف من التحالف، وأما إذا عين الورثة موت أحدهما بأن قالوا مات فلان يوم كذا من شهر كذا عند الزوال وشكوا هل مات الآخر قبله أو بعده فالمذهب يرث من شك في موته من الميت الآخر الذي عينوا موته لأن الأصل بقاء حياته. المبدع(٥/٤٠٧).

(٢) قوله: «فقد نقل عن الإمام أحمد إلخ» إلى قوله دون من مات معه روى ذلك عن أبي بكر الصديق وزيد وابن عباس والحسن بن علي وبه قال عمر بن عبد العزيز وأبو الزناد والزهري والأوزاعي ومالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه وروى ذلك عن عمر وعبد الرحمن بن عوف. انظر/ الشرح الكبير(٤/٧٥).

من ورثته ثم تصنع بالثاني كذلك[1] فعلى هذا لو غرق أخوان أحدهما مولى زيد والآخر مولى عمرو صار مال كل واحد منهما لمولى الآخر[2] وعلى القول الأول مال كل واحد منهما لمولى [3] وهو أحسن إن شاء الله تعالى.

«**والآخر مولى عمرو**» وعمرو: علم منقول من عمر بكسر الميم: إذا طال عمره، وقياسه: التحريك كالفرح، والحزن، إلا أنه نقل مسكنا. قال أهل اللغة: يكتب عمرو في حالتي الرفع والجر بالواو، فرقاً بينه وبين عمر، وتسقط الواو نصباً استغناء عنها بالألف، وجعلت في عمرو دون عمر لخفته من ثلاثة أوجه: صرفه، وسكون وسطه، وفتح أوله، والثلاثة مفقودة في عمر، والله تعالى أعلم.

---

(١) قوله: «وظاهر المذهب إلخ» وهو قول عمر وعلى وشريح وإبراهيم والشعبي وبه قال إياس بن عبد الله المزني وعطاء والحسن وحميد الأعرج وعبد الله بن عتبة وابن أبي ليلى والحسن بن صالح وشريك ويحيى بن آدم وإسحاق، فعلى المذهب تقدر أن المرأة ماتت أولا فورثها زوجها وابنها أرباعاً ثم تأخذ ما ورثه الابن فيدفع لورثته الأحياء وهم الأب فيجتمع له جميع ماله ثم تقدر أن الابن مات أولا فورثه أبواه أثلاثاً ثم تأخذ ثلث الأم فتقسمه بين ورثتها الأحياء وهم أخوها وزوجها نصفين فيحصل للأخ السدس من مال الابن. قال الشعبي وقع الطاعون بالشام عام عمواس فجعل أهل البيت يموتون عن آخرهم فكتب في ذلك إلى عمر فأمر عمر أن ورثوا بعضهم من بعض وروى عن إياس المزني أن النبي ﷺ سئل عن قوم وقع عليهم بيت فقال يرث بعضهم بعضا، ووجه الرواية الأولى ما روى سعيد في سننه حدثنا إسماعيل بن عويس عن يحيى بن سعيد أن قتلى اليمامة وصفين والحرة لم يرث بعضهم من بعض وورثوا عصبتهم الأحياء. وقال حدثنا عبد العزيز بن محمد عن جعفر بن محمد عن أبيه أن أم كلثوم بنت على توفيت هى وابنها زيد بن عمر فلم يدر أيهما مات قبل صاحبه فلم ترثه ولم يرثها ولأن شرط التوارث حياة الوارث بعد موت الموروث وليس بمعلوم فلا يثبت مع الشك في شرطه. المبدع(٥/٤٠٨-٤٠٩)، الشرح الكبير(٤/٧٥-٧٦).

(٢) قوله: «فعلى هذا لو غرق أخوان إلخ» أى لأنه إذا قدرت موت مولى زيد أولا استحق ميراثه أخوه ثم يدفع إلى ورثته الأحياء وهو مولاه صار مال مولى زيد لعمرو ثم هكذا تقدر في مولى عمرو. انظر/ المبدع(٥/٤٠٩).

(٣) قوله: «وعلى القول الأول إلخ » أى قول من لم يورث أحدهما من صاحبه ووجهه ما تقدم. المبدع(٥/٤٠٩).

باب ميراث أهل الملل

لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم(١) إلا أن يسلم قبل قسم ميراثه فيرثه(٢)، وعنه لا يرث، وإن عتق عبد بعد موت موروثه وقبل القسم لم يرث.

باب ميراث أهل الملل

الملل: جمع ملة بكسر الميم جمعاً وإفراداً، وهي: الدين والشريعة.

«**فيرثه**» مرفوع على الاستئناف، لعدم صحة عطفه على «**يسلم**».

---

(١) قوله: «لا يرث المسلم الكافر ولا إلخ» أجمع أهل العلم على أن الكافر لا يرث المسلم وقال جمهور الصحابة والفقهاء لا يرث المسلم الكافر روى ذلك عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلى وأسامة بن زيد وجابر بن عبد الله وبه قال عمرو بن عثمان وعروة والزهري وعطاء وطاوس والحسن وعمر بن عبد العزيز وعمرو بن دينار والثورى وأبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي وعامة الفقهاء وعليه العمل وروى عن عمر ومعاذ ومعاوية أنهم ورثوا المسلم من الكافر وحكى ذلك عن محمد ابن الحنفية وعلى ابن الحسين وسعيد بن المسيب ومسروق وعبد الله بن مغفل والشعبي والنخعي ويحيى ابن يعمر وإسحاق وليس بموثوق به عنهم فإن أحمد قال ليس بين الناس اختلاف في أن المسلم لا يرث الكافر، وروى أن يحيى بن يعمر احتج لقوله فقال حدثني أبو الأسود أن معاذا حدثه أن رسول الله ﷺ قال «الإسلام يزيد ولا ينقص» ولأنا ننكح نساءهم ولا ينكحون نساءنا وكذلك نرثهم ولا يرثوننا واختار الشيخ تقي الدين يرث المسلم من قريبه الكافر الذمي لئلا يمتنع قريبه من الإسلام ولوجوب نصرتهم ولا ينصروننا، ولنا ما روى أسامة بن زيد أن النبي ﷺ قال «لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم» متفق عليه. الشرح الكبير(٤/٧٧-٧٨)، المبدع(٥/٤١٠-٤١١).

[تنبيه] ظاهر كلام المصنف أنه لا إرث بينهما بالولاء وهو إحدى الروايتين والصحيح من المذهب أنه يرث بالولاء. الإنصاف(٧/٣٢٧).

(٢) قوله: «إلا أن يسلم إلخ» وكذا لو كان مرتدا على ما يأتي في كلام المصنف وهذا المذهب وهو من مفرداته وروى نحو هذا عن عمر وعثمان والحسن بن على وابن مسعود وبه قال جابر بن زيد والحسن ومكحول وقتادة وحميد وإياس بن معاوية وإسحاق فعلى هذا إن أسلم قبل قسم المال ورث مما بقى لما روى سعيد في سننه من طريقين عن عروة وابن أبي مليكة أن النبي ﷺ قال «من أسلم على شيء فهو له» وعن ابن عباس أن النبي ﷺ قال «كل قسم قسم في الجاهلية فهو على ما قسم، وكل قسم أدركه قسم الإسلام فإنه على قسم الإسلام» رواه أبو داود وابن ماجه وقضى به عمر وعثمان رواه ابن عبد البر في التمهيد، ولم ينكر فكان إجماعاً. والحكمة فيه الترغيب في الإسلام والحث عليه. وعنه لا يرث وهى قول أكثر العلماء لقوله عليه الصلاة والسلام «لا يرث المسلم إلخ» ولأن الملك قد انتقل عنه بالموت فلم يشاركهم من أسلم.انظر/المبدع(٥/٤١١)، الشرح الكبير(٤/٧٨).

وجها واحدا[(١)]. ويرث أهل الذمة بعضهم بعضا إن اتفقت أدياهم وهم ثلاث ملل اليهودية والنصرانية ودين سائرهم[(٢)]. وإن اختلفت لم يتوارثوا. وعنه يتوارثون. ولا يرث ذميٌّ حربيا ولا حربي ذمياً ذكره القاضي. ويحتمل أن يتوارثا[(٣)].

«**اليهودية والنصرانية**» أي: الملة اليهودية: منسوبة إلى اليهود، والنصرانية: الملة النصرانية منسوبة إلى نصران، وهي قرية بالشام، ويقال لها: ناصرة، وقد تقدم الكلام على اليهود والنصارى والمجوس في: عقد الذمة. والله أعلم.

---

(١) قوله: «وإن عتق عبد إلخ» نص عليه وقاله جمهور الفقهاء من الصحابة ومن بعدهم، لأن مقتضى الدليل منعه مطلقا خرج منه ما سبق فيبقى ما عداه على مقتضاه. المبدع(٥/٤١٢).
على قوله: «إن اتفقت أدياهم» لا نعلم فيه خلافا. المبدع(٥/٤١٢).

(٢) قوله: «وهم ثلاث ملل إلخ» اختلفت الرواية عن الإمام في ذلك فعنه الكفر كله ملة واحدة واختاره الخلال وبه قال حماد وابن شبرمة وأبو حنيفة والشافعي وداود لأن توريث الآباء من الأبناء والأبناء من الآباء مذكور في كتاب الله تعالى ذكرا عاما فلا يترك إلا فيما استثناه الشرع وما لم يستثنه يبقى على العموم. وعنه الكفر ملل شتى مختلفة وهو الصحيح من المذهب وهو قول كثير من أهل العلم لما روى عبد الله بن عمر أن النبي ﷺ قال «لا يتوارث أهل ملتين شتى» رواه أبو داود ولم يسمع من أحمد تصريحا بذكر انقسام الملل فعلى هذا لا توارث بينهما قال في المغني والشرح يحتمل أن يكون مللا كثيرة فيكون المجوسية ملة وعبدة الأوثان ملة وعباد الشمس ملة، قال في المغني وهو أصح لأن كل فريقين منهم لا موالاة بينهم. المبدع (٥/٤١٢-٤١٣)، المغني (٧/١٦٨).
على قوله: «اليهودية والنصرانية» لأن كلا منهما له كتاب وأحكام وشرائع غير الأخرى. المبدع(٥/٤١٢).
على قوله: «ودين سائرهم»أي باقيهم كالمجوس وعبدة الأوثان فإنهم ملة واحدة لأنه يشملهم بأنه لا كتاب لهم وهذا قول شريح وعطاء وعمر بن عبد العزيز والضحاك والحكم والثورى والليث وشريك وابن أبي ليلى والحسن بن صالح ووكيع. الشرح الكبير(٤/٨٠).
على قوله: «وإن اختلفت» أدياهم. المبدع (٥/٨١).
على قوله: «لم يتوارثوا» هذا المذهب لخبر ابن عمر. انظر المبدع (٥/٤١٣-٤١٤).

(٣) قوله: «ويحتمل أن يتوارثا» هذا المذهب نص عليه قال في المغني قياس المذهب عندى أن الملة الواحدة يتوارثون وإن اختلفت أدياهم لأن العمومات في النصوص تقتضى توريثهم ولم يرد بتخصيصهم نص ولا إجماع ولا يصح فيهم قياس. المبدع(٥/٤١٤).
[فائدة] يرث الحربي المستأمن وعكسه، ويرث الذمي المستأمن وعكسه على الصحيح من المذهب. المبدع(٥/٤١٤).

والمرتد لا يرث أحداً إلا أن يسلم قبل قسم الميراث، وإن مات على ردته فماله فيء[1]، وعنه لورثته من المسلمين، وعنه لورثته من أهل الدين الذى اختاره.

فصل

وإن أسلم المجوس أو تحاكموا إلينا ورثوا بجميع قراباتهم[2] فإذا خلف أمه وهى أخته من أبيه وعما ورثت الثلث بكونها أما والنصف بكونها أختا والباقي للعم، فإن كان معهما أخت أخرى لم ترث بكونها أما إلا السدس لأنها انحجبت بنفسها وبالأخرى، ولا يرثون بنكاح ذوات المحارم ولا بنكاح لا يقرون عليه لو أسلموا.

---

(١) قوله: «وإن مات في ردته إلخ» وكذا لو قتل يكون ماله فيئا في بيت مال المسلمين وهذا الصحيح من المذهب وبه قال ابن عباس وربيعة ومالك وابن أبي ليلى والشافعي وأبو ثور وابن المنذر، وعنه لورثته المسلمين روي عن أبي بكر الصديق وعلى وابن مسعود وبه قال سعيد بن المسيب وجابر بن زيد والحسن وعمر بن عبد العزيز وعطاء والشعبي والحكم والأوزاعي والثورى وابن شبرمة وأهل العراق وإسحاق إلا أن الثوري وأبا حنيفة واللؤلؤي وإسحاق قالوا: ما اكتسبه في ردته يكون فيئا ولم يفرق أصحابنا بين تلاد ماله وطارفه. ووجه ذلك أنه قول الخليفتين الراشدين فإنه يروى عن زيد بن ثابت قال: بعثني أبو بكر عند رجوعه إلى أهل الردة أن أقسم أموالهم بين ورثتهم المسلمين. والمشهور الأول لقوله ﷺ «لا يرث المسلم الكافر إلخ» وقوله: «لا يتوارث أهل ملتين شتى». الشرح الكبير(٤/٨١-٨٢).

[فائدة] الزنديق وهو المنافق كالمرتد على ما تقدم على الصحيح من المذهب خلافا ومذهبا. وقال الشيخ تقي الدين: يرث ويورث لأنه عليه الصلاة والسلام لم يأخذ من تركة منافق شيئاً ولا جعله فيئاً. انظر/ المبدع(٥/٤١٥).

[فائدة] كل مبتدع داعية إلى بدعة مكفرة ماله فيء نص عليه في الجهمي وغيره وعلى الأصح من الروايتين أو غير داعية وهما في غسله والصلاة عليه وغير ذلك. المبدع(٥/٤١٥).

(٢) قوله: «وإن أسلم المجوس إلخ» يعني إن أمكن ذلك نص عليه وهذا المذهب وهو قول عمر وعلى وابن مسعود وابن عباس وزيد في الصحيح عنه وبه قال النخعي والثورى وقتادة وابن أبي ليلى وأبو حنيفة وأصحابه ويحيى بن آدم وإسحاق وداود والشافعي في أحد قوليه. وعن زيد أنه ورثه بأقوى القرابتين وهى التى لا تسقط بحال وبه قال الحسن والزهري والأوزاعي ومالك والليث وحماد وهو الصحيح عن الشافعي واحتجوا بأنهما قرابتان لا يورث بهما في الإسلام فلا يورث بهما في غيره. ولنا أن الله تعالى فرض للأم الثلث وللأخت النصف فإذا كانت الأم أختاً وجب إعطاؤها ما فرض الله لها من الآيتين كالشخصين. المبدع(٥/٤١٦)، الشرح الكبير(٤/٨٣).

على قوله: «ذوات المحارم» لا نعلم فيه خلافا. المبدع(٥/٤١٧).

على قوله: «لا يقرون عليه لو أسلموا» كمن تزوج مطلقته ثلاثا لأنه باطل لا يقر عليه. المبدع(٥/٤١٧).

باب ميراث المطلقة

إذا طلقهـــا في صحته أو مرض غير مخوف أو غير مرض الموت طلاقا بائنا قطـــع التوارث بينهما وإن كان رجعيا لم يقطعه ما دامت في العدة[1] وإن طلقها في مرض الموت المخوف طلاقا لا يتهم فيه بأن سألته الطلاق أو علق طلاقهـــا على فعل لها منه بد ففعلته[2]أو علقه في الصحة على شرط فوجد في المرض[3] أو طلق من لا ترث كالأمة والذمية فعتقت وأسلمت فهو كطلاق

(١) قوله: «إذا طلقها في صحته إلخ» إذا طلق الرجل امرأته في صحته طلاقا بائنا أو رجعيا فبانت بانقضاء عدتها لم يتوارثا إجماعاً، وكذلك إن طلقها في مرض مخوف فصح من مرضه ذلك ومات بعده لم ترثه في قول الجمهور.
على قوله: «ما دامت في العدة» سواء كان في المرض أو الصحة بغير خلاف نعلمه لأن الرجعية زوجة يلحقها طلاقه وظهاره وإيلاؤه ويملك إمساكها بالرجعة بغير رضاها ولا ولي ولا شهود. انظر. المبدع(٥/٤١٨).

(٢) قوله: «وإن طلقها في مرض الموت إلخ» ذكر المصنف هنا مسائل منها إذا سألته الطلاق فأجابها إلى سؤالها أو علقه على فعل لها منه ففعلته عالمة فالصحيح من المذهب أنه كطلاق الصحيح وكذا لو خيرها فاختارت نفسها أو علق طلاقها على مشيئتها فشاءت فالأصح أنها لا ترثه لأنه ليس بفار ولزوال الزوجية بأمر لا يتهم فيه وهذا قول أبي حنيفة والشافعي. لكن إن لم تعلم بتعليق طلاقها ففعلت ما علق عليه ورثته لأنها معذورة فيه ذكره في المغني والشرح ولو سألته طلقة فطلقها ثلاثاً ورثته ذكره في الشرح واختاره الشيخ تقي الدين وقدمه في الفروع قال في الإنصاف وهو الصواب للتهمة. المبدع(٥/٤١٨)، الشرح الكبير(٤/٨٨).
[فائدة] لو خالعته فهو كطلاق الصحيح على الصحيح من المذهب. الإنصاف(٧/٣٣٣).

(٣) قوله: «أو علقه في الصحة على شرط إلخ» الصحيح من المذهب أنه كطلاق الصحيح وهذا إذا كان ليس من صنعهما ولا من صنيعهما فلو علق طلاقها على فعل نفسه وفعله في المرض ورثته لأنه أوقعه في المرض. ولو قال في الصحة أنت طالق إن لم أضرب غلامي فلم يضربه حتى مات ورثته ولا يرثها إن ماتت، ولو مات الغلام والزوج مريض طلقت وكان كتعليقه على مجيء زيد، وكذا إن قال إن لم أوفك مهرك فأنت طالق فادعى أنه وفاها مهرها فأنكرته صدق الزوج في توريثه منها لأن الأصل بقاء النكاح ولم يصدق في براءته منه لأن الأصل بقاؤه في ذمته فلو قال لها في صحته إن لم أتزوج عليك فأنت طالق فكذلك نص عليه وهو قول الحسن، وإذا قال لها في صحته إذا مرضت فأنت طالق فهو كطلاق المريض سواء وإن أقر في مرضه إنه كان طلقها في صحته ثلاثا لم يقبل إقراره وكان كطلاق المريض لأنه أقر بما يبطل حق غيره. المبدع(٥/٤١٩).
على قوله: «أو طلق» أي المسلم في المرض طلاقا بائنا. المبدع(٥/٤١٩).
على قوله: «وأسلمت» ثم مات عقبها. المبدع (٥/٤١٩).

الصحيح في أصح الروايتين. وإن كان متهما بقصد حرمانها الميراث مثل أن طلقها ابتداء[1] أو علقه على فعل لابد لها منه كالصلاة ونحوها ففعلته[2] أو قال للذمية أو الأمة إذا أسلمت أو عتقت فأنت طالق أو علم أن سيد الأمة قال لها أنت حرة غدا فطلقها اليوم ورثته ما دامت في العدة ولم يرثها[3].

باب ميراث المطلقة

يأتي الكلام على اشتقاقها في أول كنايات الطلاق.

((**متهما**)) المتهم، بفتح الهاء: اسم مفعول من اتهمت فلاناً: ظننت به ما نسب إليه، والاسم: التهمة بفتح الهاء وسكونها، وأصله الواو .

((**بقصد**)) بالباء الموحدة الجارة، المعدية للفعل، وهي متعلقة بمتهما، والله أعلم.

على قوله: ((في أصح الروايتين)) وهى المذهب . الإنصاف (٧/٣٣٢-٣٣٣).

(١) قوله: ((وإن كان متهما إلخ)) وهذا الصحيح من المذهب وهو قول عمر وعثمان وشريح وعروة والحسن والشعبي والنخعي والثورى وأبي حنيفة في أهل العراق ومالك في أهل المدينة وابن أبي ليلى وهو قول الشافعي في القديم ويروى عن عبدالله بن الزبير لا ترث مبتوتة ويروى ذلك عن على وعبد الرحمن بن عوف وهو قول الشافعي في الجديد لأنها بائن فلا ترث كالبائن في الصحة وكما لو كان الطلاق باختيارها وجوابه بأن عثمان ورث بنت الأصبغ الكلبية من عبد الرحمن بن عوف وكان طلقها في مرضه فبتها واشتهر ذلك في الصحابة ولم ينكر فكان كالإجماع ولم يثبت عن على وعبد الرحمن خلاف هذا بل روى عروة أن عثمان قال لعبد الرحمن إن مت لأورثنها منك قال قد علمت ذلك وما روي عن ابن الزبير فهو مسبوق بالإجماع. الشرح الكبير (٤/٨٩).

على قوله: ((مثل أن طلقها)) ثلاثا وفي المحرر أبانها وهو أولى في مرضه المخوف. المبدع (٥/٤٢٠).

(٢) قوله: ((أو علقه على فعل إلخ)) حكم هذا حكم طلاقها ابتداء في قول الجميع لأنها مضطرة إلى ذلك فتعليقه عليه كتنجيزه وكذا إن علقه على كلامها لأبويها أو أحدهما. المبدع (٥/٤٢٠).

[فائدة] لو وكل في صحته من يبينها متى شاء فأبانها في مرضه لم يقطع مع ذلك إرثها منه. الإنصاف (٧/٣٣٥).

(٣) قوله: ((ورثته ما دامت في العدة إلخ)) يعني إذا فعل فعلا يتهم فيه بقصد حرمانها فإنها ترثه ما دامت في العدة بلا نزاع ولا يرثها هو بلا نزاع. انظر: المبدع (٥/ ٤٢١).

وهل ترثه بعد العدة أو ترثه المطلقة قبل الدخول؟ على روايتين[١]. فإن تزوجت لم ترثه[٢] وإن أكره الابن امرأة أبيه على ما يفسخ نكاحها لم يقطع ميراثها[٣] إلا أن تكون له امرأة سواها. وإن فعلت في مرض موتها ما يفسخ نكاحها لم يسقط ميراث زوجها[٤] وإن خلف زوجات نكاح بعضهن فاسد أقرع بينهن فمن أصابتها القرعة فلا ميراث لها وإذا طلق أربع نسوة في مرضه فانقضت عدتهن وتزوج أربعا سواهن فالميراث للزوجات[٥] وعنه أنه للثمان.

---

(١) قوله: ((وهل ترثه بعد العدة إلخ)) إحداهما ترثه بعد العدة ولو كانت غير مدخول بها ما لم تتزوج وهو الصحيح من المذهب وروى ذلك عن الحسن ومالك في أهل المدينة لما روى أبو سلمة بن عبد الرحمن أن أباه طلق أمه وهو مريض فمات فورثته بعد انقضاء العدة ولأن سبب توريثه فراره من ميراثها وهذا المعنى لا يزول بانقضاء العدة. وفيه رواية أخرى أنها لا ترث بعد العدة وهذا قول عروة وأبي حنيفة وأصحابه وقول الشافعي القديم لأنها تباح لزوج آخر فلم ترثه ولأن توريثها بعد العدة يفضي إلى توريث أكثر من أربع نسوة فلم يجز كما لو تزوجت. الشرح الكبير (٤/٩٠).

(٢) قوله: ((فإن تزوجت لم ترثه)) أي سواء كانت الزوجية أو بانت من الزوج الثاني هذا قول أكثر أهل العلم وقال مالك في أهل المدينة ترثه ولنا أن هذه زوجة وارثة من زوج فلا ترث من زوج سواه. الشرح الكبير (٤/٩٠).

(٣) قوله: ((وإن أكره الابن إلخ)) إذا استكره الابن امرأة أبيه على ما ينفسخ به نكاحها من وطء أو غيره في مرض أبيه فمات أبوه من مرضه ذلك ورثته ولم يرثها إن ماتت وهو قول أبي حنيفة وأصحابه، فإن طاوعته على ذلك لم ترث، فإن انتفت التهمة عنه بأن لا يكون وارثا كالكافر والقاتل والرقيق أو كان ابنا من الرضاع أو ابن محجوب بابن الميت أو بأبوين وابنتين أو كان للميت امرأة أخرى تحوز ميراث الزوجات لم ترث لانتفاء التهمة. الشرح الكبير (٤/٩٢).

على قوله: ((وإن أكره الابن)) مراده إذا كان عاقلا وارثا. المبدع (٥/٤٢٢).

(٤) قوله: ((وإن فعلت...إلخ)) وذلك بأن ترضع امرأة زوجها الصغير أو ارتدت فإن زوجها يرثها ولا ترثه وبه قال أبو حنيفة. وقال الشافعي: لا يرثها.المبدع (٥/٤٢٣).

على قوله: ((لم يسقط ميراث زوجها)) مراده ما دامت في العدة ومراده أيضاً إذا كانت متهمة في فسخه أما إن كانت غير متهمة كفسخ المعتقة فالصحيح من المذهب انقطاع الإرث، وعنه ترث وهو ظاهر كلام المصنف هنا. انظر المبدع (٥/٤٢٣).

(٥) قوله: ((وإذا طلق أربع نسوة إلخ)) إذا طلق المريض امرأته ثم نكح أخرى ثم مات لم يخل من حالين أحدهما أن يموت في عدة المطلقة فيرثاه جميعا وهذا قول أبي حنيفة وأهل العراق وقال مالك الميراث كله للمطلقة لأن نكاح المريض عنده غير صحيح، =

باب الإقرار بمشارك في الميراث

إذا أقر الورثة كلهم بوارث للميت فصدقهم أو كان صغيرا ثبت نسبه وارثه[1] سواء كانوا جماعة أو واحداً وسواء كان المقر به يحجب المقر أو لا يحجبه[2]

= الحال الثاني أن يموت بعد انقضاء عدة المطلقة فيكون الميراث للزوجات وهو قول الشافعي وأبي حنيفة وأصحابه. وعنه للأربع. الشرح الكبير (٤/٩٣).

[فائدة] إذا كن أربع نسوة فطلق إحداهن في مرضه ثلاثا ثم نكح أخرى في عدة المطلقة أو طلقها ونكح أختها في عدتها ومات في عدتها فالنكاح باطل والميراث بين المطلقة وباقي الزوجات الأوائل فإن مات بعد انقضاء عدتها ففي ميراثها روايتان إحداهما لا ميراث لهما فيكون لباقي الزوجات والثانية ترث معهن ولا شيء للمنكوحة فإن تزوج الخامسة بعد انقضاء عدة المطلقة صح نكاحها، وهل ترث المطلقة على روايتين، ظاهر كلام أحمد عدم الإرث لأنه يلزم منه توريث ثمان نسوة أو أختين أو حرمان الزوجات المنصوص على ميراثهن فعلى هذا يكون الميراث للزوجات دون المطلقة. والثانية ترث المطلقة وفيه وجهان أحدهما يكون الميراث بين الخمس والثاني يكون للمطلقة والمنكوحات الأوائل لأن المريض ممنوع من أن يحرمهن ميراثهن بالطلاق فكذا يمنع من تنقيصهن منه. ورد المؤلف كلا الوجهين أما أحدهما فرده نص الكتاب على توريث الزوجات فلا يجوز مخالفته وأما الآخر فلأن الله تعالى لم يبح أكثر من نكاح أربع ولا الجمع بين الأختين فلا يجوز أن يجتمعن في ميراثه بالزوجية وعلى هذا لو طلق أربعا في مرضه وانقضت عدتهن ونكح أربعا سواهن ثم مات في مرضه فعلى المختار يرثه المنكوحات خاصة وعلى الثاني فيه وجهان أحدهما أنه بين الثمان وهذا الصحيح من المذهب والثاني أنه للمطلقات وإن صح من مرضه ثم تزوج أربعا في صحته ثم مات فالميراث لهن في قول الجماعة ولا شيء للمطلقات. انظر: المبدع (٥/٤٢٤-٤٢٥).

[تنبيه] أفادنا المصنف بقوله: ((فتزوج أربعا إلخ)) أن نكاحهن صحيح وهو المذهب وعليه الأصحاب. وعنه لا يصح. انظر الإنصاف (٧/٣٣٨).

(١) قوله: ((إذا أقر الورثة كلهم إلخ)) أى ولو مع عدم أهلية الشهادة ولو كان المقر واحداً وسواء كان ذكراً أو أنثى لأنه عليه الصلاة والسلام قبل قول عبد الله بن زمعة لما ادعى نسب ابن وليدة أبيه وقال هذا أخي ولد على فراش أبي فأثبت نسبه منه ولأن الوارث يقوم مقام موروثه في ميراثه وديونه وسائر حقوقه فكذا في النسب وإذا ثبت النسب ثبت الإرث وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف. الشرح الكبير (٤/١٠٠).

على قوله: ((ثبت نسبه وارثه)) لكن بشرط أن يكون مجهول النسب فإن كان معروف النسب لم يصح لأنه يقطع نسبه الثابت من غيره وقد لعن رسول الله ﷺ من انتسب إلى غير أبيه ولقوله عليه الصلاة والسلام ((الولد للفراش)) الخبر. المبدع (٥/٤٢٥).

(٢) قوله: ((وسواء كان المقر به إلخ)) أو كان ابن ابن فأقر بابن للميت فإنه يثبت نسبه =

كأخ يقر بابن للميت، وإن أقر بعضهم لم يثبت نسبه إلا أن يشهد منهم عدلان أنه ولد على فراشه أو أن الميت أقر به[1] وعلى المقر أن يدفع إليه فضل ما في يده عن ميراثه [2] فإذا أقر أحد الابنين بأخ فله ثلث ما في يده وإن أقر بأخت فلها خمس ما في يده فإن لم يكن في يد المقر فضل فلا شيء للمقر به فإذا خلف أخاً من أب وأخاً من أم فأقرا بأخ من أبوين ثبت نسبه وأخذ ما في يد الأخ من الأب وإن أقر به الأخ من الأب وحده أخذ ما في يده و لم يثبت نسبه، وإن أقر به الأخ من الأم وحده أو أقر بأخ سواه فلا شيء له[3] وطريق العمل أن تضرب

= وإرثه ويسقط المقر وهذا المذهب وقاله شريح لأنه ثابت النسب لم يوجد في حقه مانع من الإرث فدخل في عموم النص والعبرة بكونه وارثا حالة الإقرار. المبدع (٥/٤٢٦).

(١) قوله: ((وإن أقر بعضهم إلخ)) وجملته أنه إذا أقر أحد الوارثين بوارث مشارك لهم في الميراث لم يثبت النسب بالإجماع لأن النسب لا يتبعض فلا يمكن إثباته في حق المقر دون المنكر ولا إثباته في حقهما لأن أحدهما منكر فلا يقبل إقرار غيره عليه ولو كان المقر عدلا لأنه إقرار من بعض الورثة. وقال أبو حنيفة يثبت إذا كانا عدلين لأنها بينة فهو كما لو شهدا به. ولنا أنه إقرار من بعض الورثة فلم يثبت به النسب كالواحد وفارق الشهادة فإنها يعتبر فيها العدالة فأما إن شهد به عدلان أو شهدا أنه ولد على فراشه أو أن الميت أقر به ثبت نسبه من المقرين الوارثين ويشاركهم في الإرث لأنها بينة عادلة فثبت النسب بها كالأجانب ولأنهما لو شهدا على غير مورثهما لقبل فكذا إذا شهدا عليه. انظر المبدع (٥/٤٢٦).

(٢) قوله: ((وعلى المقر إلخ)) أي إذا أقر بعض الورثة بمشارك في الميراث و لم يثبت نسبه لزم المقر أن يدفع إليه فضل ما في يده عن ميراثه لأنه تبين بإقراره أنه لا يستحقه وهذا قول مالك والأوزاعي والثوري وابن أبي ليلى والحسن بن صالح وشريك ويحيى بن آدم ووكيع وإسحاق وأبي عبيد وأبي ثور وأهل البصرة وقال النخعي وحماد وأبو حنيفة يقاسمه ما في يده لأنه يقول أنا وأنت سواء وقال الشافعي وداود لا يلزمه في الظاهر دفع شيء إليه وهل يلزمه فيما بينه وبين الله تعالى على قولين أصحهما لا يلزمه. المبدع (٥/٤٢٧).

على قوله: ((فلا شيء للمقر به)) لأنه يقر على غيره. المبدع (٥/٤٢٨).

على قوله: ((وأخذ ما في يد الأخ)) لأنه تبين بإقراره أنه لا حق له وأن الحق للمقر به إذ هو محجوب به. المبدع (٥/٤٢٨).

على قوله: ((أخذ ما في يده)) لأنه يسقطه من الميراث. المبدع (٥/٤٢٨).

على قوله: ((و لم يثبت نسبه)) لأن كل الورثة لم يقروا به. المبدع (٥/٤٢٨).

(٣) قوله: ((وإن أقر به الأخ من الأم إلخ)) أي لأنه لا فضل في يده وهذا بخلاف ما إذا =

مسألة الإقرار في مسألة الإنكار وتدفع إلى المقر سهمه من مسألة الإقرار في مسألة الإنكار وإلى المنكر سهمه من مسألة الإنكار في مسألة الإقرار وما فضل فهو للمقر به [(١)] فلو خلف ابنين فأقر أحدهما بأخوين فصدقه أخوه في أحدهما ثبت نسب المتفق عليه[(٢)] فصاروا ثلاثة ثم تضرب مسألة الإقرار في مسألة الإنكار[(٣)] يكن اثني عشر للمنكر سهم من الإنكار في الإقرار أربعة وللمقر سهم من الإقرار في مسألة الإنكار[(٤)] ثلاثة وللمتفق عليه إن صدق المقر مثل سهمه[(٥)] وإن أنكره مثل سهم المنكر[(٦)] وما فضل للمختلف فيه وهو سهمان في حال التصديق وسهم في حال الإنكار[(٧)] ، وقال أبو الخطاب لا يأخذ المتفق عليه من المنكر في حال التصديق إلا ربع ما في يده وصححها من ثمانية للمنكر ثلاثة وللمختلف فيه سهم ولكل واحد من الأخوين سهمان وإن خلف ابناً فأقر بأخوين بكلام متصل ثبت نسبهما سواء اتفقا أو اختلفا[(٨)] ويحتمل أن لا يثبت

= أقر بأخوين من أم فإنه يدفع إليهما ثلث ما في يده لأن في يده السدس وبإقراره اعترف أنه لا يستحق من الميراث إلا التسع فيبقى في يده نصف التسع وهو ثلث ما في يده. المبدع (٥/٤٢٨).

(١) قوله: ((وطريق العمل أن تضرب إلخ)) فعلى هذا إذا أقر أحد الابنين بأخ فمسألة الإقرار من ثلاثة والإنكار من اثنين فاضرب إحداهما في الأخرى لتباينهما تكن ستة للمقر سهم من مسألة الإقرار في الإنكار باثنين وللمنكر سهم من الإنكار في الإقرار بثلاثة يبقى سهم للمقر له لأنه الفاضل وهو ثلث ما بقي في يد المقر لأن النصف في يده. المبدع (٥/٤٢٨).

على قوله: ((في مسألة الإنكار)) لأنه به يظهر ما للمقر وما للمنكر وما يفضل وتراعى الموافقة. انظر: المبدع (٥/٤٢٨).

(٢) على قوله: ((ثبت نسب المتفق عليه)) لإقرار كل الورثة به. المبدع (٥/٤٢٩).

(٣) على قوله: ((ثم تضرب مسألة الإقرار)) وهي أربعة. المبدع (٥/٤٢٩).

(٤) على قوله: ((في مسألة الإنكار)) وهي ثلاثة. المبدع (٥/٤٢٩).

(٥) على قوله: ((مثل سهمه)) لأنه مقر. المبدع (٥/٤٢٩).

(٦) على قوله: ((سهم المنكر)) لأنه منكر. المبدع (٥/٤٢٩).

(٧) على قوله: ((وسهم في حال الإنكار)) لأن ذلك هو الفاضل وهذا أصح الأقوال قاله في الشرح. المبدع (٥/٤٢٩).

(٨) على قوله: ((سواء اتفقا أو اختلفا)) أو تجاحدا لأن نسبهما ثبت بإقرار كل من الورثة قبلهما فلم يعتبر موافقة الآخر كما لو كانا صغيرين. انظر: المبدع (٥/٤٣٠).

نسبهما مع اختلافهما، وإن أقر بأحدهما بعد الآخر أعطى الأول نصف ما في يده[1] والثاني ثلث ما بقي في يده[2] ويثبت نسب الأول ويقف ثبوت نسب الثاني على تصديقه. وإن أقر بعض الورثة بامرأة للميت لزمه من إرثها بقدر حصته وإذا قال رجل مات أبي وأنت أخي فقال هو أبي ولست بأخي لم يقبل إنكاره وإن قال مات أبوك وأنا أخوك قال لست أخى فالمال كله للمقر به وإن قال ماتت زوجتي وأنت أخوها قال لست بزوجها فهل يقبل إنكاره؟ على وجهين.

فصل

وإذا أقر من أعيلت له المسألة بمن يزيل العول كزوج وأختين أقرت إحداهما بأخ فاضرب مسألة الإقرار في مسألة الإنكار تكن ستة وخمسين واعمل على ما ذكرنا يكن للزوج أربعة وعشرون وللمنكرة ستة عشر وللمقرة سبعة يبقى تسعة للأخ فإن صدقها الزوج فهو يدعى أربعة والأخ يدعى أربعة عشر وللمقر به من السهام تسعة فاقسمها على سهامهم لكل سهمين سهما فيحصل للزوج سهمان وللأخ سبعة فإن كان معهم أختان لأم فإذا ضربت وفق مسألة الإقرار في مسألة الإنكار كانت اثنين وسبعين للزوج ثلاثة من مسألة الإنكار في وفق مسألة الإقرار أربعة وعشرون وللأختين من الأم ستة عشر وللأخت المنكرة ستة عشر وللمقر ثلاثة يبقى في يدها ثلاثة عشر للأخ منها ستة يبقى سبعة لا يدعيها أحد ففيها ثلاثة أوجه أحدها تقر في يد المقرة والثاني تؤخذ إلى بيت المال والثالث تقسم بين المقرة والزوج والأختين من الأم على حسب ما يحتمل أنه لهم، فإن صدق الزوج المقرة فهو يدعي اثني عشر والأخ يدعي ستة يكونان

---

(١) قوله: «أعطى الأول نصف ما في يده» وذلك بغير خلاف نعلمه لأنه اعترف بأخويه فيلزم منه إرثه فتكون المسألة بالنسبة إليه مقسومة على اثنين. المبدع (٥/٤٣٠).

(٢) قوله: «والثاني ثلث ما بقى في يده» أى وهو السدس لأنه فاضل عن حقه لأنه أقر أن الأولاد ثلاثة فأحدهم يستحق الثلث فقط. المبدع (٥/٤٣٠).

على قوله: «ويثبت نسب الأول» لأنه أقر به كل الورثة. المبدع (٥/٤٣٠).

على قوله: «على تصديقه» لأنه صار من الورثة. انظر: المبدع (٥/٤٣٠-٤٣١).

ثمانية عشر ولا تنقسم عليها الثلاثة عشر ولا توافقها فاضرب ثمانية عشر في أصل المسألة ثم كل من له شيء من اثنين وسبعين مضروب في ثمانية عشر وكل من له شيء من ثمانية عشر مضروب في ثلاثة عشر وعلى هذا تعمل كل ما ورد عليك.

باب ميراث القاتل

كل قتل مضمون [1] بقصاص أو دية أو كفارة يمنع القاتل ميراث المقتول سواء كان عمداً [2] أو خطأ [3] بمباشرة أو سبب صغيراً كان القاتل أو كبيرا [1] وما

---

(١) قوله: ((كل قتل مضمون)) هذا المذهب في ذلك كله نص عليه حتى لو شربت دواء فأسقطت الجنين لا ترث من الغرة شيئاً نص عليه لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال ((لا يرث القاتل شيئاً)) رواه أبو داود والدارقطني وعن عمر قال سمعت النبي ﷺ يقول ((ليس لقاتل ميراث)) رواه مالك وأحمد، وعن ابن عباس مرفوعا مثله رواه أحمد وروى النسائي معناه مرفوعا وظاهره أن المقتول يرث من قاتله مثل أن يجرح موروثه ثم يموت قبل المجروح من تلك الجراحة وسواء انفرد به أو شارك غيره فلو شهد على موروثه مع جماعة ظلماً بقتل لم يرثه. المبدع (٥/٤٣٥-٤٣٦).

على قوله: ((أو دية أو كفارة)) كمن رمى إلى صف الكفار فأصاب مسلما. المبدع (٥/ ٤٣٥).

(٢) قوله: ((سواء كان عمداً)) وذلك بالإجماع إلا ما حكى عن سعيد بن المسيب وابن جبير أنهما ورثاه منه ولا تعويل عليه فإن عمر أعطى دية ابن قتادة المذحجي لأخيه دون أبيه وكان حذفه بسيف فقتله واشتهر ذلك في الصحابة ولم ينكر فكان كالإجماع. المبدع (٥/٤٣٦).

(٣) قوله: ((أو خطأ)) نص عليه وهو قول جمهور العلماء روى ذلك عن عمر وعلى وزيد وعبد الله بن مسعود وابن عباس وروى نحوه عن أبي بكر وبه قال شريح وعروة وطاوس وجابر بن زيد والنخعي والثوري والشعبي وشريك والحسن بن صالح ووكيع بن آدم والشافعي وأصحاب الرأي. وذهب قوم إلى أنه يرث من المال دون الدية روى ذلك عن سعيد بن المسيب وعمرو بن شعيب وعطاء والحسن ومجاهد والزهرى ومكحول والأوزاعي وابن أبي ذئب وأبي ثور وابن المنذر وداود لأن ميراثه ثابت بالكتاب والسنة، خصص قاتل العمد بالإجماع فوجب البقاء على الظاهر فيما سواه. ولنا الأحاديث المذكورة ولأن من لا يرث من الدية لا يرث من غيرها كقاتل العمد والمخالف في الدين سدا للذريعة وطلبا للتحرز عنه. الشرح الكبير (٤/١١٠).

على قوله: ((أو خطأ بمباشرة)) كان الخطأ كمن رمي صيداً فأصاب مورثه. المبدع (٥/ ٤٣٦-٤٣٧). =

لا يضمن بشيء من هذا كالقتل قصاصاً أو حداً [٢] أو دفعاً عن نفسه[٣] وقتل العادل الباغي والباغي العادل فلا يمنع [٤] وعنه لا يرث الباغي العادل ولا العادل الباغي[٥] فيخرج منه أن كل قاتل لا يرث[٦].

= على قوله: ((أو سبب)) كمن حفر بئراً عدواناً فسقط فيها مورثه. المبدع (٥/٤٣٧).

(١) قوله: ((صغيراً كان القاتل أو كبيراً)) هذا المذهب نص عليه، لأنه قاتل فتشمله الأدلة وظاهره لا فرق بين الأب وغيره وسواء قصد مصلحته كضرب الأب والزوج للتأديب وكسقيه الدواء وبطه جرحه والمعالجة إذا مات به وقيل من أدب ولده فمات لم يرثه، وأنه إن سقاه دواء أو فصده أو بط سلعته لحاجة فوجهان والمذهب أنه لا يرث، وكذا لو انقلب نائم على موروثه فقتله لم يرثه ومثله نصب سكين ووضع حجر ورش ماء وإخراج جناح. المبدع (٥/٤٣٧).

(٢) قوله: ((وما لا يضمن بشيء من هذا إلخ)) أي كمن قتله الإمام بالرجم أو بالمحاربة وكذا إن شهد على مورثه بما يوجب الحد أو القصاص نقل محمد بن الحكم في أربعة شهود شهدوا على أختهم بالزنا فرجمت فرجموا مع الناس يرثونها لأنهم غير قتلة، ويتوجه في تزكية شهود كذلك. المبدع (٥/٤٣٧).

(٣) قوله: ((أو دفعا عن نفسه) أي لأنه فعل فعلا مأذونا فيه فلم يمنع الميراث كما لو أطعمه وسقاه فأفضى إلى تلفه، وكذا لو حكم بقتله بحق ونحوه. المبدع (٥/٤٣٧).

(٤) قوله: ((وقتل العادل إلخ)) وهذا المذهب فيهما لأن المنع من العدوان نفى للقتل المحرم فلو منع هنا لكان مانعا من استيفاء الواجب أو الحق المباح استيفاؤه. ومن القتل الذي لا يمنع الميراث عند الموفق والشارح من قصد مصلحة موليه مما له فعله من سقى دواء أو بط خراجه فمات فيرثه لأنه ترتب عن فعل مأذون فيه أو من أمره إنسان عادل كبير ببط خراجه أو بقطع سلعة منه ففعل فمات بذلك ورثه ومثله من أدب ولده أو زوجته أو صبيه في التعليم ولم يسرف فإنه لا يضمنه بشيء فلا يكون ذلك مانعا من إرثه. قال صاحب الإقناع ولعل قول الموفق والشارح أصوب لموافقته القواعد. انظر: المبدع (٥/٤٣٧).

(٥) قوله: ((وعنه لا يرث الباغي إلخ)) أي لعموم الأدلة وهاتان روايتان لكن الأولى لا يرث الباغي العادل جزم بها القاضي في الجامع الصغير وأبو الخطاب والشريف في خلافيهما والمغني والتبصرة والترغيب لأن الباغي آثم ظالم فناسب أن لا يرث مع دخوله في عموم الأدلة، وهذا بخلاف العادل لأنه مأذون له في الفعل مثاب عليه. المبدع (٥/ ٤٣٧).

(٦) قوله: ((فيخرج منه إلخ)) وهذا ظاهر مذهب الشافعي والأول أولى لأنه إنما حرم الميراث في محل الوفاق لئلا يفضى إلى اتخاذ القتل المحرم وسيلة، وفي مسألتنا حرمان الميراث يمنع إقامة الحدود واستيفاء الحقوق المشروعة ولا يفضى إلى اتخاذ قتل محرم =

باب ميراث المعتق بعضه

لا يرث [1] العبد ولا يورث [2] سواء كان قنا أو مدبراً أو مكاتباً [3] أو أم ولد.

باب ميراث المعتق بعضه[4]

((القن)) قال ابن سيده، وغيره من أهل اللغة [القن]: هو العبد المملوك هو وأبواه. قال الجوهري: ويستوي فيه الواحد والاثنان والجمع والمؤنث، وربما قال: عبيد،

= فهو ضد ما ثبت في الأصل. المبدع (٥/٤٣٨).

(١) قوله: ((لا يرث العبد)) هذا المذهب نص عليه قال في المغني ولا نعلم فيه خلافا إلا ما روى عن ابن مسعود في رجل مات وترك أبا مملوكا يشترى من ماله ويعتق ثم يرث وقاله الحسن، وعن أحمد يرث عبد عند عدم وارث. المغني (٧/١٣٠) المبدع (٥/٤٣٨).

(٢) قوله: ((ولا يورث)) وذلك بالإجماع لأنه لا مال فيورث عنه ولأنه لا يملك وإن قيل به فملكه ناقص غير مستقر ينتقل إلى سيده بزوال ملكه عنه يدل عليه قوله عليه الصلاة والسلام ((من باع عبدا وله مال)) إلخ. المبدع (٥/٤٣٩).

(٣) قوله: ((أو مكاتبا)) إذا لم يملك المكاتب قدر عليه فهو عبد لا يرث ولا يورث، وإن ملك قدر ما يؤدي ففيه روايتان إحداهما أنه عبد ما بقى عليه درهم وهى المذهب فلا يرث ولا يورث روى ذلك عن عمر وزيد بن ثابت وابن عمر وعائشة وأم سلمة وعمر بن عبد العزيز والشافعي وأبي ثور لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال ((المكاتب عبد ما بقى عليه درهم)) رواه أبو داود. وقال القاضي وأبو الخطاب إذا أدى المكاتب ثلاثة أرباع كتابته وعجز عن الربع عتق لأن ذلك يجب إيتاؤه للمكاتب فلا يجوز إبقاؤه على الرق لعجزه عما يجب رده إليه، والرواية الثانية إذا ملك ما يؤدي صار حرا يرث ويورث فإذا مات له من يرثه ورث وإن مات فلسيده بقية كتابته والباقي لورثته لما روى أبو داود عن أم سلمة قالت قال لنا رسول الله ﷺ ((إذا كان لإحداكن مكاتب فكان عنده ما يؤدي فلتحتجب منه)) وروى الحكم عن علي وابن مسعود وشريح: يعطى سيده من تركته ما بقى من كتابته فإن فضل شيء كان لورثة المكاتب. وروى نحوه عن الزهري وبه قال سعيد بن المسيب وأبو سلمة بن عبد الرحمن والنخعي والشعبي والحسن ومنصور ومالك وأبو حنيفة، إلا أن مالكا جعل من كان معه في كتابته أحق ممن لم يكن معه فإنه قال في مكاتب هلك وله أخ معه في الكتابة وله ابن قال: ما فضل من كتابته لأخيه دون ابنه، وجعله أبو حنيفة عبدا ما دام حيا وإن مات أدى من تركته باقي كتابته والباقي لورثته الشرح الكبير ٤/١١٣).

(٤) انظر: لسان العرب (٥/٣٧٥٨-٣٧٥٩) [قنن].

فأما المعتق بعضه فما كسبه بجزئه الحر فلورثته[1] ويرث ويحجب بقدر ما فيه من الحرية. فإذا كانت بنت وأم نصفهما حر وأب حر فللبنت بنصف حريتها نصف ميراثها[2] وهو الربع[3] وللأم مع حريتها ورق البنت الثلث[4] والسدس مع حرية البنت فقد حجبتها حريتها عن السدس فبنصف حريتها تحجبها عن نصفه يبقى لها الربع[5] لو كانت حرة فلها بنصف حريتها نصفه وهو الثمن[6] والباقي للأب[7]. وإن شئت نزلتهم أحوالا كتتريل الخناثى. وإذا كان عصبتان نصف

يحصل فيه شيء من أسباب العتق، ومقدماها، بخلاف المكاتب والمدبر، والمعلق عتقه بصفة، وأم الولد. سواء كان أبواه مملوكين، أو معتقين، أو حرين أصليين، أو كانا كافرين واسترق هو، أو كان مختلفين.

---

(١) قوله: «فأما المعتق بعضه إلخ» إذا كسب المعتق بعضه مالا ثم مات وخلفه فإن كان قد كسبه بجزئه الحر مثل أن يكون قد هاياه سيده على منفعته فاكتسب في أيامه أو ورث شيئاً فإن الميراث إنما يستحقه بجزئه الحر أو كان قد قاسم سيده في حياته فتركته كلها لورثته لا حق لمالك باقيه فيها، وقال قوم: جميع ما خلفه بينه وبين سيده، قال ابن اللبان: هذا غلط لأن الشريك إذا أخذ حقه من كسبه لم يبق له حق في الباقي، فأما إن لم يكن كسبه بجزئه الحر خاصة ولا اقتسما فلمالك باقيه من تركته بقدر ملكه فيه والباقي لورثته. المبدع (٥/٤٣٩)، الشرح الكبير (٤/١١٤).

على قوله: «بقدر ما فيه من الحرية» هذا المذهب وهو من مفرداته وبه قال علي وابن مسعود وبه قال عثمان البتي وحمزة الزيات وابن المبارك والمزني وأهل الظاهر لما روى عبد الله بن أحمد حدثنا الرملي عن يزيد بن هارون عن عطاء عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال في العبد يعتق بعضه «يرث ويورث على ما عتق منه» وفيه انقطاع ولأنه يجب أن يثبت لكل بعض حكمه. وقال زيد بن ثابت لا يرث ولا يورث وأحكامه أحكام العبد وبه قال مالك والشافعي. انظر: المبدع (٥/٤٣٩، الشرح الكبير ٤/١١٤).

(٢) على قوله: «فللبنت بنصف حريتها نصف ميراثها» لأنها لو كانت كاملة الحرية. لكان لها النصف فوجب أن يكون لها بنصف حريتها نصفه. المبدع (٥/٤٤٠).

(٣) على قوله: «وهو الربع» لأنه نصف النصف. المبدع (٥/٤٤٠).

(٤) على قوله: «الثلث» لأنه ميراثها حينئذ. المبدع (٥/٤٤٠).

(٥) على قوله: «يبقى لها الربع» وهو نصف النصف. المبدع (٥/٤٤٠).

(٦) على قوله: «وهو الثمن» لأنه نصف ما تستحقه بالحرية الكاملة. المبدع (٥/٤٤٠).

(٧) على قوله: «والباقي للأب» لأن له السدس بالفرض وما بقي بعده بالتعصيب لأنه أولى رجل ذكر. المبدع (٥/٤٤٠).

كل واحد منهما حر كالأخوين فهل تكمل الحرية بهما؟ يحتمل وجهين[1] وإن كان أحدهما يحجب الآخر كابن وابن ابن فالصحيح أنها لا تكمل.

«**نزلتهم أحوالاً**» لتتريلهم أحوالاً طريقان:

أحدهما: أن يقول: للبنت في حريتها النصف، وللأم السدس، والثلث الباقي للأب،وله مع رقهما المال كله، وله ثلثان، وللأم الثلث مع رق البنت، ولها النصف، وله النصف مع رق الأم، فللبنت نصفان، وهما: مال كامل مقسوم على أربعة أحوال، وذلك الربع، وللأم نصف على أربعة بثمن، والباقي للأب.

والثاني: مسألة حريتهما من ستة، ورقهما من أحد، وحرية البنت من اثنين، وحرية الأم من ثلاثة، الكل: من ستة في أربعة بأربعة وعشرين: للبنت ثلاثة في حال، وثلاثة في أخرى، وللأم اثنان في حال، وسهم في أخرى، وللأب الكل في حال، والنصف في أخرى، والثلث في أخرى، والثلثان في أخرى.

«**فهل تكمل**» يجوز بناؤه للمفعول مثقلاً، ويجوز «تكمل» بوزن تقتل. والله أعلم.

---

(١) قوله: «وإذا كان عصبتان إلخ» إذا كان عصبتان لا يحجب أحدهما الآخر كابنين نصفهما حر ففيه وجهان: أحدهما تكمل الحرية فيهما بأن تضم الحرية من أحدهما إلى ما في الآخر منها فإن كمل منهما واحد ورثا جميعا ميراث ابن لأن نصفي شيء شيء كامل ثم يقسم ما ورثاه بينهما على ما لكل واحد منهما فإذا كان ثلثا أحدهما حرا وثلث الآخر كان ما ورثاه بينهما أثلاثاً فإن نقص ما فيهما من الحرية عن حر كامل ورثا بقدر ما فيهما وإن زاد على حر واحد وكان الجزآن فيهما سواء قسم ما يرثانه بينهما بالسوية وإن اختلفا أعطى كل واحد منهما بقدر ما فيه. والوجه الثاني لا تكمل الحرية فيهما لأنها لو كملت لم يظهر للرق أثر وكانا في ميراثهما كالحرين وهذا المذهب. المبدع (٥/٤٤٠-٤٤١).

على قوله: «وإذا كان عصبتان» لا يحجب أحدهما الآخر. انظر: المبدع (٥/٤٤٠).

باب الولاء[1]

كل من أعتق عبداً [2] أو أعتق عليه برحم[3] أو كتابة [4].

باب الولاء

الولاء، بفتح الواو ممدوداً: ولاء العتق، ومعناه: أنه إذا أعتق عبداً، أو أمة، صار له عصبة في جميع أحكام التعصيب عند عدم العصبة من النسب، كالميراث، وولاية النكاح، والعقل وغير ذلك.

---

(١) قوله: ((باب الولاء)) أى باب ميراث الولاء لأن الولاء لا يورث وإنما يورث به فهو من إضافة الشيء إلى سببه لأن سبب الميراث هنا الولاء ولا شك أنه من جملة الأسباب التى يتوارث بها. والولاء بفتح الواو ممدودا هو ثبوت حكم شرعي بالعتق أو تعاطي سببه. ومعناه أنه إذا أعتق رقيقا على أى جهة صار له عصبة في جميع أحكام التعصيب عند عدم العصبة من النسب كالميراث وولاية النكاح والعقل والأصل فيه قوله تعالى: ﴿ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوٓاْ ءَابَآءَهُمْ فَإِخْوَٰنُكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَمَوَٰلِيكُمْ ﴾ يعني الأدعياء وقول النبي ﷺ ((الولاء لمن أعتق)) متفق عليه وعن ابن عمر قال نهى رسول الله ﷺ عن بيع الولاء وهبته متفق عليه. وإنما تأخر الولاء عن النسب لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث عبد الله بن أبي أوفى ((الولاء لحمة كلحمة النسب)) رواه الخلال ورواه الشافعي وابن حبان من حديث ابن عمر مرفوعا وفيه ((لا يباع ولا يوهب)) شبهها بالنسب والمشبه دون المشبه به. وأيضاً فإن النسب أقوى منه لأنه تتعلق به المحرمية ووجوب النفقة ورد الشهادة ونحوها بخلاف الولاء. المبدع (٥/٤٤٢-٤٤٣).

(٢) قوله: ((كل من أعتق عبدا)) أى سواء أعتقه كله أو بعضه فسرى إلى بقيته فله عليه الولاء إجماعاً حيث لم يعتقه عن نذره أو كفارته وكلامه شامل للمسلم وغيره فلو أعتق الحربي حربيا فله عليه الولاء في قول عامتهم. المبدع (٥/٤٤٣).

(٣) قوله: ((أو عتق عليه برحم)) يعني إذا ملكه فعتق عليه بالملك كان له ولاءه لأنه يعتق من ماله بسبب فعله وسواء ملكه بشراء أو هبة أو إرث أو غنيمة أو غيره لا نعلم بين أهل العلم فيه اختلافا. المبدع (٥/٤٤٣).

(٤) قوله: ((أو كتابة)) يعني إذا كاتبه فأدى ما كوتب عليه عتق. ولا فرق بين أن يؤدي إلى سيده أو إلى ورثته. وحكى ابن سراقة عن عمرو بن دينار وأبي ثور أنه لا ولاء على المكاتب لأنه اشترى نفسه من سيده كما لو اشتراه أجنبي فأعتقه. ولنا أن السيد هو المعتق لأنه يبيعه بمال، وماله وكسبه لسيده، فجعل ذلك له ثم باعه به. انظر المبدع (٥/٤٤٣).

أو تدبير[1] أو استيلاد[2] أو وصية بعتقه فله عليه الولاء[3] وعلى أولاده من زوجة معتقة أو من أمته[4] وعلى معتقيه ومعتقي أولاده وأولادهم ومعتقيهم أبداً ما تناسلوا. ويرث به عند عدم العصبة من النسب[5] ثم يرث به عصبته من بعده الأقرب فالأقرب[6]، وعنه في المكاتب إذا أدى إلى الورثة أن ولاءه لهم، وإن أدى إليهما فولاؤه بينهما. ومن كان أحد أبويه حر الأصل ولم يمسه رق فلا ولاء عليه[7].

---

(١) قوله: ((أو تدبير)) أى عتق عليه بالتدبير فولاؤه لسيده نص عليه. المبدع (٥/٤٤٤).

(٢) قوله: ((أو استيلاد)) يعني إن اعتقت أم الولد بموت سيدها فولاؤها له يرثها أقرب عصبته في قول الجمهور وقال ابن مسعود تعتق من نصيب ولدها فيكون ولاؤها له. ونحوه عن ابن عباس. المبدع (٥/٤٤٤).

(٣) قوله: ((فله عليه الولاء)) أى ثبت للمعتق على المعتق إلا إذا أعتق قن قنا ملكه نص عليه. المبدع (٥/٤٤٤).

(٤) قوله: ((وعلى أولاده من زوجة إلخ)) أي لأنه ولى نعمتهم وعتقهم بسببه ولأنهم فرع والفرع يتبع أصله بشرط أن يكونوا من زوجة معتقة أو سريته فإن كانت أمهم حرة الأصل فلا ولاء على ولدها لأنهم يتبعونها في الحرية والرق فيتبعونها في عدم الولاء إذ ليس عليها ولاء. المبدع (٥/٤٤٤).

(٥) قوله: ((ويرث به عند عدم العصبة من النسب)) أى إذا لم يكن للمعتق عصبة ولا ذو فرض فهو للمولى لما روى الحسن مرفوعا ((الميراث للعصبة)) فإن لم يكن عصبة فللمولى)) ولأن النسب أقوى من الولاء، وظاهره أنه إذا كان عصبة أو ذو فرض يستغرق المال فلا شيء للمولى بلا خلاف نعلمه ولو كان ذو فرض لا يستغرق المال فالباقي للمولى. المبدع (٥/٤٤٤).

(٦) قوله: ((ثم يرث به إلخ)) أي سواء كان ابنا أو أخا أو أبا أو غيره من العصبات ولا فرق بين كون المعتق ذكراً أو أنثى لما روى أحمد عن سعيد بن المسيب مرفوعا أنه قال ((المولى أخ في الدين ومولى نعمة يرثه أولى الناس بالمعتق)) انتهى فإن لم يكن له عصبة فلمولاه. المبدع (٥/٤٤٤-٤٤٥).

(٧) قوله: ((ومن كان أحد أبويه إلخ)) أى إذا كان أحد الزوجين حر الأصل فلا ولاء على ولدهما سواء كان الآخر عربياً أو مولى لأن الأم إن كانت حرة الأصل فالولد يتبعها فيما إذا كان الأب رقيقا في انتفاء الرق والولاء. فلأن يتبعها في نفى الولاء وحده أولى، وإن كان الأب حر الأصل فالولد يتبعه فيما إذا كان عليه ولاء بحيث يصير الولاء عليه لمولى أبيه =

ومن أعتق سائبة[1] أو في زكاته أو نذره أو كفارته ففيه روايتان[2]: إحداهما له عليه الولاء، والثانية لا ولاء عليه وما رجع من ميراثه رد في مثله يشتري به رقاب يعتقهم.

((**وعلى معتقيه ومعتقي أولاده**)) بفتح التاء فيهما، وكذلك ومعتقيهم: اسم مفعول من أعتق.

((**ومن أعتق سائبة**)) إعتاق العبد سائبة: أن يعتقه ولا ولاء له عليه، كفعل الجاهلية، فالعتق على هذا ماض بالإجماع، وإنما اختلف في ولائه، وفي كراهة هذا الشرط وإباحته، والجمهور على كراهته، وعلى أن ولاءه للمسلمين كافة، لأنه قصد إعتاقه عنهم.

= فلأن يتبعه في سقوط الولاء عنه أولى وهذا المذهب وهو قول أكثر أهل العلم. وعلى هذا لا فرق بين أن يكون مسلماً أو ذميا معلوم النسب أو مجهوله. المبدع (٥/٤٤٥).

[فائدتان] إذا تزوج عبد معتقة لقوم أو بحرة الأصل فأولدها ثم أعتقه مولاه فقال ابن أبي موسى لا يختلف قول أحمد أن ولاء أولاده لمولى أبيهم. المبدع (٥/٤٤٥-٤٤٦).

(الثانية) يقدم المولى في الميراث على الرد وذوى الأرحام في قول جمهور العلماء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم، فإذا مات رجل وخلف بنته ومولاه فلبنته النصف والباقي لمولاه، وإن خلف ذا رحم ومولاه فالمال لمولاه خاصة .

(١) قوله: ((ومن أعتق سائبة)) أي فيقول أعتقتك سائبة كأنه يجعله لله تعالى، او أعتقتك ولا ولاء لي عليك. وأصله من تسيب الدواب. ولا نزاع في صحة العتق والخلاف إنما هو في ثبوت الولاء للمعتق. وفيه روايتان: قال في المبدع فأشهرهما واختاره أكثر الأصحاب حتى إن القاضي والشريف وأبا الخطاب في خلافيهما وابن عقيل في التذكرة لم يذكروا خلافا- أنه لا ولاء عليه لأن ابن عمر أعتق سائبة فمات فاشترى ابن عمر بماله رقابا فأعتقهم، وعلله أحمد بأنه يجعله لله تعالى فلا يجوز أن يرجع إليه منه شيء انتهى. والرواية الثانية يثبت الولاء للمعتق قال في الإنصاف وهي المذهب عند المتأخرين وهو قول الشعبي والنخعي وابن سيرين والشافعي وأهل العراق. قال المؤلف وهو أصح في النظر لعموم الأخبار. وعن هزيل بن شرحبيل قال: جاء رجل إلى عبد الله فقال إني أعتقت عبدا وجعلته سائبة فمات وترك مالا ولم يدع وارثا. فقال عبد الله: إن أهل الإسلام لا يسيبون وإنما كان أهل الجاهلية يسيبون وأنت ولى نعمته فإن تأثمت وتحرجت من شيء فنحن نقبله ونجعله في بيت المال رواه مسلم. وقال سعيد حدثنا هشيم عن منصور أن عمر وابن مسعود قالا في ميراث السائبة: هو للذي أعتقه. انظر الشرح الكبير (٤/١٢٤-١٢٥).

(٢) قوله: ((أو في زكاته إلخ)) المذهب في هذه الصور ثبوت الولاء للعموم. المبدع (٥/٤٤٦).

ومن أعتق عبده عن ميت أو حي بلا أمره فولاؤه للمعتق[1] وإن أعتقه عنه بأمره فولاؤه للمعتق عنه[2] وإن قال أعتق عبدك عني وعليَّ ثمنه ففعل فالثمن عليه وولاؤه للمعتق عنه[3] وإن قال أعتقه والثمن علي ففعل فالثمن عليه والولاء للمعتق[4] وإن قال الكافر لرجل أعتق عبدك المسلم عني وعلي ثمنه ففعل فهل يصح؟ على وجهين[5]. ومن أعتق عبداً يباينه في دينه فله ولاؤه[6] وهل يرث به؟ على روايتين [7] إحداهما لا يرث لكن إن كانت له عصبة على دين المعتق

---

(١) قوله: «ومن أعتق عبده إلخ» هذا قول الثوري والأوزاعي وأبي حنيفة والشافعي وداود وروى عن ابن عباس أن ولاءه للمعتق عنه وبه قال الحسن ومالك وأبو عبيد لأنه أعتقه عن غيره فكان الولاء له كما لو أذن فيه. ولنا قوله ﷺ «الولاء لمن أعتق» ولأنه أعتقه من غير إذنه فكان الولاء له. الشرح الكبير (٤/١٢٦).

(٢) قوله: «وإن أعتقه عنه إلخ» وهذا قول جميع من حكينا قوله في المسألة الأولى إلا أبا حنيفة ووافقه محمد بن الحسن وداود فقالوا الولاء للمعتق. المبدع (٥/٤٤٧).

(٣) قوله: «وإذا قال أعتق عبدك إلخ» قال المصنف: لا نعلم خلافا في هذه المسألة وأن الولاء للمعتق عنه ويلزمه الثمن لأنه أعتقه بشرط العوض. المبدع (٥/٤٤٧-٤٤٨).

(٤) قوله: «وإن قال أعتقه والثمن على إلخ» أى فالثمن على السائل لأنه جعل جعلا على الإعتاق فلزمه العمل أشبه ما لو قال من بنى لى هذا الحائط فله كذا استحقه بعمله ويكون الولاء والعتق للمعتق أى المسئول على الأصح لأنه لم يأمره بإعتاقه عنه ولا قصد به المعتق ذلك فلم يوجد ما يقتضى صرفه إليه فعلى المذهب يجزئه عن الواجب على الصحيح من المذهب. المبدع (٥/٤٤٨).

[تنبيه] بقى هنا صورتان: الأولى إذا قال أعتق عبدك عنى وأطلق فيحتمل أن يلزمه العوض كما لو صرح به إذ الغالب في انتقال الملك العوض، ويحتمل أن لا يلزمه لأنه التزام ما لم يلزمه وهذا الصحيح من المذهب.

الثانية: إذا قال أعتقه عنى مجانا لم يلزمه العوض بلا نزاع والولاء والعتق للسائل. المبدع (٥/٤٤٨).

على قوله: «والثمن علي» أو أعتقه عنك وعلى ثمنه. المبدع (٥/٤٤٨).

(٥) قوله: «وإن قال الكافر إلخ» أحدهما يصح ويعتق وله عليه الولاء كالمسلم وهذا الصحيح من المذهب لأنه إنما يملكه زمنا يسيراً ولا يتسلمه فاغتفر هذا لأجل تحصيل الحرية للأبد وهو نفع عظيم. انظر: المبدع (٥/٤٤٨-٤٤٩).

(٦) قوله: «فولاؤه له» أى بغير خلاف نعلمه لأنه معتق فيدخل في قوله عليه الصلاة والسلام «الولاء لمن أعتق» وحينئذ يثبت الولاء للأنثى على الذكر وبالعكس. المبدع (٥/٤٤٩).

(٧) قوله: «وهل يرث به إلخ» أى وهل يرث السيد مولاه مع اختلاف الدين؟ فيه روايتان. إحداهما يرثه وهى المذهب يروى ذلك عن على وعمر بن عبد العزيز وبه قال أهل الظاهر. واحتج أحمد بقول علي «الولاء شعبة من الرق» فلم يضر تباين =

ورثه وإن أسلم الكافر منهما ورث المعتق رواية واحدة.

فصل

ولا يرث النساء من الولاء إلا ما أعتقن[1] أو أعتق من أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن وعنه في بنت المعتق خاصة ترث[2] والأول أصح.

((إن كان له عصبة على دين المعتق)) بفتح التاء، وإن أسلم الكافر، ورث المعتق: بكسر التاء.

= الدين بخلاف الإرث بالنسب، والثانية لا يرث به واختاره المصنف وصاحب الفائق. ومال إليه الشارح، وهي قول جمهور الفقهاء لقوله عليه الصلاة والسلام ((لا يرث المسلم الكافر)) الخبر. المبدع (٥/٤٤٩).

على قوله: ((لكن إن كان له)) أي السيد. المبدع (٥/٤٤٩).

على قوله: ((على دين المعتق)) بفتح التاء. المبدع (٥/٤٤٩).

على قوله: ((وإن أسلم الكافر منهما)) أي من السيد والعتيق. المبدع (٥/٤٤٩-٤٥٠).

على قوله: ((ورث المعتق)) بكسر التاء. المبدع (٥/٤٥٠).

(١) قوله: ((ولا يرث النساء من الولاء إلخ)) هذا المذهب نص عليه حتى قال أبو بكر هذا المذهب رواية واحدة وروى عن عمر وعثمان وعلى وغيرهم ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم فكان كالإجماع. وسنده ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعا قال ((ميراث الولاء للكبر من الذكور ولا يرث النساء من الولاء إلا ولاء من أعتقن أو أعتق من أعتقن)) المبدع (٥/٤٥٠).

على قوله: ((أو أعتق من أعتقن)) وأولادهما ومن جروا ولاءه. المبدع (٥/٤٥٠).

(٢) قوله: ((وعنه في بنت المعتق إلخ)) اختارها القاضي وأصحابه وإليها ميل المجد في المنتقى واحتج الإمام أحمد بما روى ابن عباس أن مولى لحمزة توفى وترك ابنته وابنة حمزة فأعطى النبي ﷺ ابنته النصف وابنة حمزة النصف رواه الدارقطني وقد روى إبراهيم النخعي ويحيى بن آدم وإسحاق أن المولى كان لحمزة واعترض عليه بأن المولى كان لابنة حمزة قاله أحمد فقد نص على أن ابنة حمزة ورثت بولاء نفسها لأنها هى المعتقة وصححه في الكافي والشرح، ويرشحه ما روى ابن ماجه عن محمد بن عبد الرحمن ابن أبي ليلى عن الحكم عن عبد الله بن شداد عن ابنة حمزة- وهى أخت ابن شداد لأمه- قالت مات مولاى وترك ابنته فقسم النبي ﷺ ماله بيني وبينها فجعل لى النصف ولها النصف. ورد بأن ابن أبي ليلى ضعيف. المبدع (٥/٤٥٠-٤٥١).

[مسائل] إذا خلف بنت معتقه وابن عم معتقه فجميع المال لابن العم على الأولى وعلى الثانية للبنت والنصف الباقي لابن العم. ولو خلف المعتق بنته وبنت معتقه فالمال كله لابنته على الأولى بالفرض والرد وعلى الثانية المال بينهما. ولو كان بدل بنت معتقه أخت معتقه فلا شيء لها قولاً واحداً. المبدع (٥/٤٥١).

على قوله: ((ولا يرث منه)) بالولاء. انظر: المبدع (٥/٤٥١).

ولا يرث منه ذو فرض إلا الأب والجد[1] يرثان السدس مع الابن، والجد يرث الثلث مع الإخوة إذا كان أحظ له [2]، والولاء لا يورث وإنما يورث بـــه[3]

((**ولا يرث منه ذو فرض إلا الأب والجد**)) ثم قال بعد ذلك: والولاء لا يورث، ويرث منه، ولا يورث متناقض، والجواب: أن تكون ((من)) في ((يرث منه)) سببية، أي: ولا يرث به ذو فرض، بدليل قوله بعد: وإنما يرث به، وقد جاءت ((**من**)) للسببية، ومنه قوله تعالى:﴿ ٱلَّذِىٓ أَطْعَمَهُم مِّن جُوعٍ ﴾ [قريش: ٤].

---

(١) قوله: ((ولا يرث منه ذو فرض إلخ)) هذا المذهب نص عليه، وهذا قول شريح والنخعي والأوزاعي والعنبرى وإسحاق وأبي يوسف لأنهما يرثان ذلك في غير الولاء فكذا في الولاء وروي عن زيد أن المال للابن وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء والشعبي والحسن والحكم وقتادة وحماد والزهرى ومالك والثورى وأبو حنيفة والشافعي وأكثر الفقهاء لأن الابن أقرب العصبة والأب والجد يرثان معه بالفرض ولا يرث بالولاء ذو فرض. وجوابه بأنه عصبة وارث واستحق من الولاء كالأخوين، ولا نسلم أن الابن أقرب من الأب بل هما سواء وكلاهما عصبة. انظر: الشرح الكبير (٤/١٢٧).
على قوله: ((ولا يرث معه ذو فرض)) كالأخ من الأم والزوج إذا لم يكونا ابني عم. المبدع (٥/٤٥١).

(٢) قوله: ((والجد يرث الثلث إلخ)) هذا المذهب فإذا خلف المعتق أخاه وجده فالولاء بينهما نصفين وبهذا قال عطاء والليث ويحيى الأنصارى والثورى لأنه يرث معهم في غير الولاء فكذا في الولاء. وعن زيد المال للأخ لأنه ابن الأب والجد أبوه والابن أحق من الأب ومن جعل الجد أبا ورثه وحده . انظر: الشرح الكبير (٤/١٢٩).
[مسائل] إذا خلف جد مولاه وابن أخي مولاه فالمال للجد في قولهم جميعاً وكما لو خلف جد مولاه وعم مولاه فلو ترك جد أبي مولاه وعم مولاه فهو للجد في قول أهل العراق، وقال الشافعي هو للعم وبنيه وإن سفلوا دون جد الأب. المبدع (٥/٤٥٢).
[فائدة] لا يرث المولى من أسفل معتقه في قول عامتهم. وحكي عن شريح وطاوس أنهما ورثاه لحديث ابن عباس حسنه الترمذي وروى ذلك عن عمر وعلى وعلى الأول لا يعقل عنه. المبدع (٥/٤٥٢).

(٣) قوله: ((والولاء لا يورث إلخ)) هذا المذهب وهو قول الجمهور روى ذلك عن عمر وعثمان وعلى وابن مسعود وابن عمر وأسامة بن زيد وأبي مسعود البدرى وأبي بن كعب وبه قال عطاء وسالم وطاوس والزهرى والحسن وابن سيرين وقتادة والشعبي وإبراهيم ومالك والشافعي وداود وأهل العراق لأنه عليه الصلاة والسلام شبهه بالنسب والنسب لا يورث وإنما يورث به ولأن الولاء إنما يحصل بإنعام السيد على رقيقه بالعتق وهذا المعنى لا ينتقل عن العتق فكذا الولاء. الشرح الكبير (٤/١٣٠-١٣١).

ولا يباع ولا يوهب[1] وهو للكبر[2] فإذا مات المعتق وخلف عتيقه وابنين فمات أحد الابنين بعده عن ابن ثم مات العتيق فالميراث لابن المعتق[3] فإن مات الابنان بعده وقبل المولي وخلف أحدهما ابناً والآخر تسعة فولاؤه بينهم على عددهم [4]

«**والولاء للكبر**» بضم الكاف، وسكون الباء: أكبر الجماعة، نقله أبو عبد الله بن مالك في «مثلثه». قال أبو السعادات: يقال: كبر قومه بالضم: إذا كان أقعدهم في النسب، وهو أن ينتسب إلى جده الأكبر بآباء أقل عدداً من باقي عشيرته، وليس المراد بذلك كبر السن، فلو خلف المعتق ابنين كبيراً وصغيراً، فهما سواء، فلو مات الكبير، وخلف ابناً كبيراً أكبر من أخيه، كان الولاء كله لأخيه الصغير، لأنه ابن المعتق، دون ولده الكبير.

---

(١) قوله: «ولا يباع إلخ» أى لا يصح لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الولاء وعن هبته. ولا يجوز شراؤه ولا وقفه ولا أن يأذن لمولاه فيوالى من شاء روى ذلك عن على وابن مسعود وابن عباس وابن عمر وبه قال سعيد بن المسيب وطاوس وإياس والزهرى ومالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه. لكن روى سعيد عن سفيان عن عمرو بن دينار أن ميمونة وهبت ولاء سليمان بن يسار لابن عباس وكان مكاتبا. وروى عنها أيضاً أنها وهبت ولاء مواليها للعباس. وقال ابن جريج قلت لعطاء أذنت لمولاى أن يوالى من شاء فيجوز قال نعم وجوابه بأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الولاء وعن هبته وقال الولاء لحمة كلحمة النسب وقال «لعن الله من تولى غير مواليه» الشرح الكبير (١٣١/٤).

(٢) قوله: «وهو للكبر» أى خاصة بمعنى أنه يرث بالولاء أقرب عصبات السيد إليه يوم مات عتيقه لا يوم مات السيد هذا هو المختار للأصحاب والمشهور من الروايتين وقد روى عن عمر وعثمان وعلى وزيد ابن مسعود أنهم قالوا الولاء للكبر، وقد رواه سعيد حدثنا هشيم حدثنا أشعث بن سوار عن الشعبي أن عمر وعليا وزيدا وابن مسعود جعلوا الولاء للكبر، وعنه أن الولاء لا يورث كالمال قاله جمع من الصحابة ومعناه أن من ملك شيئاً في حياته فهو لورثته لكن يختص بالعصبة. المبدع (٤٥٣/٥).

على قوله: «فإذا مات» هذا تفريع على المسألة وتوضيح لها. المبدع (٤٥٣/٥).

(٣) قوله: «فالميراث لابن المعتق» نص عليه لأن ابن المعتق أقر الناس إليه يوم مات المعتق قال أحمد قوله عليه الصلاة والسلام «أعطه أكبر خزاعة» ليس أكبرهم سنا ولكنه أقربهم إلى خزاعة، وعلى الثانية هو بينهما نصفين لأنه لما مات المولى المنعم ورثه ابناه الولاء بينهما نصفين فإذا مات أحدهما انتقل نصيبه إلى ابنه.

(٤) قوله: «فإن مات الابنان إلخ» نص عليه لأن الجميع في القرب إلى السيد يوم مات العتيق سواء وعلى الأخرى ونص عليها هنا لابن الابن النصف إرثا عن أبيه والنصف الآخر على بنى الابن الآخر على تسعة. المبدع (٤٥٣/٥).

[فائدة] إذا لم يخلف عصبة من نسب مولاه فماله لمولى أمه ثم لأقرب عصباته فإذا انقرض العصبات وموالى عصباتهم فماله لبيت المال.

لكل واحد عشرة. وإذا اشترى رجل وأخته أباهما أو أخاهما فعتق عليهما ثم اشترى عبدا فأعتقه ثم مات المعتق ثم مات مولاه ورثه الرجل دون أخته[1]، وإذا ماتت المرأة وخلفت ابنها وعصبتها ومولاها فولاؤه لابنها وعقله على عصبتها[2]

«ثم مات العتيق» فعيل بمعنى فاعل، من قولهم: عتق العبد، فهو عتيق، وعاتق، وليس هو بمعنى مفعول، كجريح، وقتيل، لأنه لا يقال: عتقت العبد فهو معتوق حتى يكون عتيق بمعنى: معتوق.

وقد قيل: إن تسميته معتوق، لحن، قلت: وليس بلحن، لجواز كونه علما منقولا من معتوق: اسم مفعول من عتقت المال بمعنى: أصلحته، فلا يكون لحنا، والله أعلم.

---

(١) قوله: «وإذا اشترى رجل وأخته إلخ» إذا اشترى رجل وأخته أباهما أو أخاهما فعتق ثم اشترى عبدا فأعتقه ثم مات الأب أو الأخ فميراثه بينهما أثلاثا بالنسب فإذا مات العبد ورثه الرجل دون أخته لأنه ابن المعتق أو أخوه فورثه بالنسب وهو مولاه المعتق وعصبة المعتق مقدم على مولاه وروى عن مالك أنه قال سألت عنها سبعين قاضيا من قضاة العراق فأخطأوا فيها.

وهذا مفرع على الصحيح من المذهب من أن النساء لا يرثن من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن وعلى الرواية التي تقول إن بنت المعتق ترث إذا اشتريا أباهما يكون ميراث العبد بينهما أثلاثاً. المبدع (٥/٤٥٤).

(٢) قوله «وإذا ماتت المرأة إلخ» وذلك لما روى إبراهيم قال اختصم علي والزبير في مولى صفية فقال علي مولى عمتي وأنا أعقل عنه وقال الزبير مولى أمي وأنا أرثه فقضى عمر على علي بالعقل وقضى للزبير بالميراث رواه سعيد واحتج به أحمد وظاهره أن الابن ليس من العصبة وهو مقتضى كلام الأكثرين وقدمه المصنف في باب العاقلة وهو إحدى الروايتين ومن قال الابن من العاقلة وهو المذهب يقول الولاء له والعقل عليه فإن باد بنوها فولاؤها لعصبتها وعنه ولاؤه لعصبة بنيها وهو موافق للولاء يورث ثم لعصبة بنيها. المبدع (٥/٤٥٤-٤٥٥).

[فائدة] لو أعتق سائبة أو في زكاة أو نذره أو كفارة أو قال لا ولاء لي عليك وقلنا لا ولاء له عليه ففي عقله لكونه معتقا روايتان. الإنصاف (٧/٣٦٥).

فصل في جر الولاء

كل من باشر العتق أو عتق عليه لا ينتقل عنه بحال فأما إن تزوج العبد معتقة فأولدها فولاء ولدها لموالي أمه[(١)] فإن أعتق العبد سيده انجر ولاء ولده إليه[(٢)] ولا يعود إلى مولى الأم بحال[(٣)] وإن أعتق الجد لم يجر ولاءهم في أصح الروايتين[(٤)]. وعنه يجره[(٥)] وإن اشترى الابن أباه عتق عليه وله ولاؤه وولاء أخوته ويبقى ولاؤه لموالي

---

(١) قوله «فولاء ولدها لموالى أمه» أى لأنهم سبب الإنعام على الولد لكونه عتق بعتق أمه. المبدع (٤٥٥/٥).

(٢) قوله «فإذا عتق العبد سيده إلخ» أى إلى معتق أبيه وهذا قول الجمهور من الصحابة ومن بعدهم لما روى عبد الرحمن عن الزبير أنه لما قدم خيبر رأى فتية فأعجبه ظرفهم وجمالهم فسأل عنهم فقيل موالى رافع بن خديج وأبوهم مملوك لآل الحرقة فاشترى الزبير أباهم فأعتقه وقال لأولاده انتسبوا إلى فإن ولاءكم لي فقال رافع بل هو لي فإنهم عتقوا بعتق أمهم فاحتكموا إلى عثمان فقضى بالولاء للزبير وأجمعت عليه الصحابة ولأن الأب لما كان مملوكا لم يصلح وارثا ولا وليا في نكاح فكان كولد الملاعنة ينقطع نسبه عن أبيه فيثبت الولاء لموالى أمه وانتسب إليهم فإذا عتق العبد صلح للانتساب وعاد وارثا وليا فعادت النسبة إليه وإلى مواليه. المبدع (٤٥٥/٥).

(٣) قوله «ولا يعود إلخ» أى إذا انجر الولاء لموالى الأب ثم انقرضوا عاد الولاء إلى بيت المال ولم يعد إلى موالى الأم بحال في قول أكثرهم، وعن ابن عباس خلافه، والأول أصح لأن الولاء يجرى مجرى الانتساب، ولو انقرض الأب وآباؤه لم يعد النسب إلى الأم فكذا الولاء فعليه لو ولدت بعد عتق الأب كان ولاء ولدها لمولى أبيه بغير خلاف. المبدع (٤٥٦/٥).

[فائدة] حكم المكاتب يتزوج في كتابته فيولد له ثم يعتق حكم القن في جر الولاء وكذا المدبر والمعلق عتقه بصفة لأنهم عبيد. انظر المبدع (٤٥٦/٥).

(٤) قوله «وإن أعتق الجد إلخ» أى أعتقه قبله، قال أحمد الجد لا يجر الولاء ليس هو كالأب ولأن الأصل بقاء الولاء لمستحقه وإنما خولف هذا الأصل للاتفاق على أنه ينجر بعتق الأب، والجد لا يساويه بدليل أنه لو أعتق الأب بعد الجد جره عن مولى الجد إليه ولأنه لو أسلم الجد لم يتبعه ولد ولده. المبدع (٤٥٦/٥-٤٥٧).

(٥) قوله «وعنه يجره» إلى مولاه بكل حال وهو قول أهل المدينة فإن أعتق الأب بعد ذكر جره عن موالى الجد إليه. المبدع (٤٥٧/٥).

على قوله «عتق عليه» بالملك للخبر. المبدع (٤٥٧/٥).

على قوله «وله ولاؤه» لأنه عتق عليه بسبب شرائه فكان له الولاء كما لو باشره بالعتق. المبدع (٤٥٧/٥).

على قوله «وولاء إخوته» لأنهم تبع لأبيهم. المبدع (٤٥٧/٥). =

أمه لأنه لا يجر ولاء نفسه. وإن اشترى الولد عبدا فأعتقه ثم اشترى العتيق أبا معتقه فأعتقه ثبت له ولاؤه وجر ولاء معتقه[1] فصار كل واحد منهما مولى الآخر[2].

ومثله لو أعتق الحربي عبدا ثم سبى العبد معتقه فأعتقه فلكل واحد منهما ولاء صاحبه[3].

((وإن أعتق الجد)) أعتق: بضم الهمزة: مبنياً للمفعول، والجد: المراد به: جد أولاد العبد، والله أعلم.

= على قوله ((ويبقى ولاؤه لموالى أمه)) في قول جمهور الفقهاء. المبدع (٥/٤٥٧).

على قوله ((لأنه لا يجر ولاء نفسه)) وشذ عمرو بن دينار فقال بجره وهو بعيد لأنه يؤدي إلى أن يكون الولاء ثابتا على أبويه دونه مع كونه مولودا لهما في حالة رقهما وليس لنا مثل هذا في الأصول ولا يمكن أن يكون مولى نفسه يعقل عنها ويرثها. المبدع (٥/ ٤٥٧).

على قوله ((ثبت له ولاؤه)) أى فإنه يجر ولاء سيده فيكون لهذا الولد على معتقه الولاء بإعتاقه إياه. المبدع (٥/٤٥٧).

(١) قوله ((وجر ولاء معتقه)) أي وللعتيق ولاء معتقه بولائه على أبويه.

(٢) قوله ((فصار كل واحد إلخ)) أي لأن الولد مولى العتيق لأنه أعتقه والمعتق مولى الولد لأنه أعتق أباه وشرطه أن يكون الولد من معتقه لينجر الولاء إلى المعتق بشراء أبيه فلو كانت حرة الأصل لم يكن عليه ولاء لأحد. المبدع (٥/٤٥٧).

(٣) قوله ((ومثله لو أعتق إلخ)) أى لأن كل واحد منهما منعم على الآخر بخلاص رقبته من الرق فإن سبى المسلمون العتيق الأول فرق ثم أعتق فولاؤه لمعتقه ثانياً وقيل للأول وقيل لهما. المبدع (٥/٤٥٨).

على قوله ((ثم سبى العبد معتقه)) أي أسر سيده . المبدع (٥/٤٥٨).

فصل في دور الولاء [1]

إذا اشترى ابن وبنت معتقة أباهما فعتق عليهما صار ولاؤه لهما نصفين وجر كل واحد منهما نصف ولاء صاحبه ويبقى نصفه لموالى أمه فإن مات الأب ورثاه أثلاثا[2] فإن ماتت البنت بعده ورثها أخوها بالنسب ثم إذا مات أخوها فماله لمواليه وهم أخته وموالي أمه فلموالي أمه النصف والنصف الآخر لموالي الأخت وهم أخوها وموالي أمها فلموالي أمها نصف ذلك وهو الربع[3] يبقى الربع وهو الجزء الدائر لأنه خرج من الأخ وعاد إليه ففيه وجهان: أحدهما أنه لموالي الأم، والثاني أنه لبيت المال لأنه لا مستحق له.

كتاب العتق

وهو من أفضل القرب [4] والمستحب عتق من له كسب فأما من لا قوة له ولا كسب فلا يستحب عتقه ولا كتابته[5]، ويحصل العتق بالقول

---

(١) قوله «في دور الولاء» ومعنى دوره أن يخرج من مال الميت قسط إلى مال ميت آخر بحكم الولاء ثم يرجع من ذلك القسط جزء إلى الميت الآخر بحكم الولاء أيضا فيكون هذا الجزء الراجع قد دار بينهما. واعلم أنه لا يقع الدور في مسألة حتى يجتمع فيها شروط: أن يكون المعتق اثنين فصاعدا، وأن يموت في مسألته اثنان فصاعدا، وأن يكون الباقي منهما يحوز إرث الميت. المبدع (٥/٤٥٨-٤٥٩).

على قوله «نصف ولاء صاحبه» لأن ولاء الولد تابع لولاء الوالد. المبدع (٥/٤٥٩).

على قوله «ويبقى نصفه لموالى أمه» لأن الشخص لا يجر ولاء نفسه. المبدع (٥/٤٥٩).

(٢) قوله «ورثاه أثلاثا» أى لأن ميراث النسب مقدم على الولاء وميراث النسب للذكر مثل حظ الأنثيين. المبدع (٥/٤٥٩).

على قوله «لموالى الأخت» لأن الولاء بينهما نصفين. المبدع (٦/٤٥٩).

(٣) قوله «وهو الربع» أى لأن ولاء الأخت بين الأخ وموالى الأخت نصفين. المبدع (٦/ ٤٥٩).

(٤) قوله «وهو من أفضل القرب» وذلك لقوله تعالى: ﴿ فَكُّ رَقَبَةٍ ﴾وروى أبو هريرة رضى الله عنه قال قال رسول الله ﷺ «من أعتق رقبة مؤمنة أعتق الله بكل إرب منها إربا منه من النار حتى إنه ليعتق اليد باليد والرجل بالرجل والفرج بالفرج» متفق عليه في أخبار كثيرة. المبدع (٦/٣-٤).

(٥) قوله «فأما من لا قوة له إلخ» هذا المذهب بل يكره لأنه يتضرر بفوات نفقته الواجبة له ويصير كلا على الناس، فإن كان ممن يخاف عليه الرجوع إلى دار الحرب وترك إسلامه أو يخاف عليه الفساد كمن يخاف أنه إذا أعتق واحتاج سرق أو فسق وقطع=

والملك[1]، فأما القول فصريحه لفظ العتق والحرية كيف صرفا[2] وكنايته خليتك

كتاب العتق

قال أهل اللغة: العتق: الحرية، يقال منه: عتق يعتق عتقا وعتقا: بكسر العين وفتحها[3]، عن صاحب «المحكم» وغيره، وعتيقه وعتاقا فهو عتيق، وعاتق،

= الطريق أو جارية يخاف عليها الزنا والفساد كره إعتاقه، فإن غلب على الظن إفضاؤه إلى هذا كان محرما ما لأن التوسل إلى الحرام حرام. فإن أعتقه صح لأن إعتاق صدر من أهله في محله. المبدع (٦/٤).

[فائدتان] لو أعتق عبده أو أمته واستثنى نفعه مدة معلومة صح نص عليه لحديث سفينة، وكذا لو استثنى خدمته مدة حياته لأن أم سلمة أعتقت سفينة واشترطت عليه خدمته ﷺ ما عاش رواه أبو داود. الإنصاف (٧/٣٧٠).

(الثانية) يصح العتق ممن تصح وصيته وإن لم يبلغ قال في الفائق نص عليه وهذا الصحيح من المذهب وقال الناظم ولا يصح إلا ممن يصح تصرفه في ماله وقدمه في المستوعب وقطع الموفق وغيره أنه لا عتق لمميز وقال طائفة من الأصحاب لا يصح عتق الصغير بلا خلاف منهم الموفق وأثبت غير واحد الخلاف. ولا يصح العتق من سفيه كالهبة والصدقة منه لا من مجنون، ولا يصح أن يعتق أب عبد ولده الصغير كالكبير، ولو قال رجل لعبد غيره أنت حر من مالى فلغو فإن اشتراه بعد ذلك فهو مملوك ولا شيء عليه وهذا المذهب في ذلك كله. انظر: الإنصاف (٧/٣٧٠).

(١) قوله «ويحصل العتق إلخ» هذا المذهب ولا يحصل بالنية المجردة لأنه إزالة ملك فلا يحصل بالنية المجردة كالطلاق. المبدع (٦/٤).

(٢) قوله «كيف صرفا» نحو أنت حر أو محرر أو عتق أو معتق أو أعتقتك لأنه هذين اللفظين وردا في الكتاب والسنة وهما يستعملان في العتق عرفا فمتى أتى شيء من هذه الألفاظ حصل به العتق سواء نواه أو لم ينوه، قال أحمد في رجل لقى امرأة في الطريق فقال تنحي يا حرة فإذا هي جاريته قال عتقت عليه، وقال في رجل قال لخدم قيام في وليمة مروا أنتم أحرار وكانت معهم أم ولده لم يعلم بها قال هذا عندى تعتق أم ولده وهذا المذهب، قال في الشرح ويحتمل أن لا تعتق في هذين الموضعين لأنه قصد باللفظة الأولى غير العتق فلم يعتق به كما لو قال عبدى حر يريد أنه عفيف كريم الأخلاق وباللفظة الثانية أراد غير أم ولده فأشبه ما لو نادى امرأة من نسائه فأجابته غيرها فقال أنت طالق ظنها المناداة فإنها لا تطلق في رواية فكذا ههنا وأما إن قصد غير العتق كالرجل يقول عبدي هذا حر يريد عفته وكرم أخلاقه أو يقول لعبده ما أنت إلا حر أى أنك لا تطيعني ولا ترى لي عليك حقا ولا طاعة فلا يعتق في ظاهر المذهب. انتهى. المبدع (٦/٤-٥).

(٣) انظر لسان العرب (٤/٢٧٩٨) [عتق].

والحق بأهلك واذهب حيث شئت ونحوها[1] وفي قوله: لا سبيل لي عليك ولا سلطان لي عليك ولا ملك لي عليك ولا رق لي عليك وفككت رقبتك وأنت لله تعالى وأنت سائبة روايتان: إحداهما أنه صريح، والأخرى كناية [2]. وفي قوله لأمته: أنت طالق وأنت حرام.

حكاها الجوهري، وهم عتقاء، وأمه عتيق، وعتيقة، وإماء عتائق، وحلف بالعتاق، بفتح العين، أي: بالإعتاق. قال الأزهري: هو مشتق من قولهم: عتق الفرس: إذا سبق ونجا، وعتق الفرخ: إذا طار واستقل، لأن العبد يتخلص بالعتق، ويذهب حيث يشاء. قال الأزهري، وغيره: إنما قيل لمن أعتق نسمة : إنه أعتق رقبة ، وفك رقبة، فخصت الرقبة دون سائر الأعضاء، مع أن العتق يتناول الجميع، لأن حكم السيد عليه، وملكه له كحبل في رقبته، وكالغل المانع له من الخروج، فإذا أعتق، فكأن رقبته أطلقت من ذلك.

«**والحرية**» يقال: حررت: بكسر الراء تحرر حرية: إذا صرت حراً.

«**كيف صرفا العتق والحرية**»: مصدران ومعنى تصريفهما: أن يشتق منهما فعل ماض، ومضارع، وأمر، واسم فاعل، واسم مفعول، وظاهر هذه العبارة هنا وفي التدبير، والطلاق: حصول الحكم بكل واحد من الستة، ولا يحصل الحكم بالمضارع، ولا بالأمر، لأن المضارع وعد، كقولك: أنا أعتق، وأدبر وأطلق، والأمر لا يصلح للإنشاء، ولا هو خبر فيؤاخذ المتكلم به، فهو عام أريد به الخصوص، والله أعلم.

---

(١) قوله «وكنايته إلخ» وكقوله أطلقتك وحبلك على غاربك فهذا إن نوى به العتق عتق وإلا فلا. المبدع (٥/٦).

(٢) قوله «وفي قوله لا سبيل لى عليك إلخ» إحداهما أنه كناية وهي المذهب لأنه يحتمل غير العتق ولا خلاف في المذهب في أنه يعتق إذا نوى. انظر: المبدع (٥/٦).

روايتان[1] إحداهما أنه صريح والأخرى كناية. وفي قوله لأمته أنت طالق أو أنت حرام روايتان: إحداهما أنه كناية والأخرى لا يعتق به وإن نوى. وإن قال لعبده وهو أكبر منه: أنت ابني لم يعتق ذكره القاضي، ويحتمل أن يعتق. وإذا أعتق حاملا عتق جنينها إلا أن يستثنيه[2]، وإن أعتق ما في بطنها دونها عتق وحده[3]، وأما الملك فمن ملك ذا رحم محرم عتق عليه[4].

---

(١) قوله «وفي قوله لأمته إلخ» إذا قال لها أنت طالق ينوي به العتق ففيه روايتان إحداهما لا يعتق به وهو قول أبي حنيفة لأن الطلاق لفظ وضع لإزالة ملك عن المنفعة فلم يزل به الملك عن الرقبة، والثانية هو كناية تعتق به إذا نواه وهي المذهب وهو قول مالك والشافعي لأن الرق أحد الملكين على الآدمي فيزول بلفظ الطلاق كالآخر، وكذا إذا قال أنت حرام ينوى به العتق عتقت. الشرح الكبير (٦/٣٤٩-٣٥٠).

(٢) قوله «وإن أعتق حاملا إلخ» أى لأنه تابع لأمه بدليل دخوله في البيع والهبة ففي العتق أولى إلا أن يستثنيه فإنه لا يعتق روى عن ابن عمر وأبي هريرة والنخعي وإسحاق وابن المنذر، وقال مالك والشافعي لا يصح استثناء الجنين لأن النبي ﷺ نهى عن الثنيا إلا أن تعلم وقياسا على استثنائه في البيع. المبدع (٦/٦)، الشرح الكبير (٦/٣٥٠).

(٣) قوله «وإن أعتق ما في بطنها إلخ» لا نعلم في ذلك خلافا. المبدع (٦/٧).

(٤) قوله «وأما الملك إلخ» ذو الرحم المحرم القريب الذي يحرم نكاحه عليه لو كان أحدهما امرأة والآخر رجلا وهم الوالدان وإن علوا من قبل الأب والأم جميعا والولد وإن سفل من ولد البنين والبنات والأخوات والإخوة وأولادهم وإن سفلوا والأعمام والعمات والأخوال والخالات وإن علوا دون أولادهم، فمتى ملك أحداً منهم عتق عليه روى ذلك عن عمر وابن مسعود وبه قال الحسن وجابر بن زيد وعطاء والحكم وابن أبي ليلى والثورى والليث وأبو حنيفة والحسن بن صالح وشريك ويحيى بن آدم وهو المذهب وأعتق مالك الوالدين والمولودين وإن بعدوا والإخوة والأخوات دون أولادهم و لم يعتق الشافعي إلا عمودى النسب وهو رواية عن أحمد و لم يعتق داود وأهل الظاهر أحدا حتى يعتقه لقول النبي ﷺ «لا يجزي ولد والده إلا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه» رواه مسلم، ولنا ما روى الحسن عن سمرة قال قال رسول الله ﷺ «من ملك ذا رحم فهو حر» رواه الخمسة وحسنه الترمذي وقال: العمل على هذا عند أهل العلم. وعن قتادة عن عمر موقوفا مثله رواه أبو داود، وقتادة لم يدرك عمر. وعن ابن عمر مثله رواه ابن ماجه بإسناد جيد لكن قال أحمد لا أصل له. المبدع (٦/٧-٨)، الشرح الكبير (٦/٣٥٢-٣٥٣).

[فائدة] علم مما سبق أنه لا يعتق بشراء رحم غير محرم ولا محرم برضاع أو مصاهرة، نقله الجماعة وهو المذهب. انظر: الإنصاف (٧/٣٧٧).

وعنه لا يعتق إلا عمودا النسب، وإن ملك ولده من الزنا لم يعتق في ظاهر كلامه[1] ويحتمل أن يعتق. وإن ملك سهماً مما يعتق عليه بغير الميراث وهو موسر عتق عليه كله[2] وعليه قيمة نصيب شريكه [3] وإن كان معسراً لم يعتق عليه إلا ما ملك [4] وإن ملكه بالميراث لم يعتق منه إلا ما ملك موسراً كان أو معسرا[5]، وعنه أنه يعتق عليه نصيب الشريك إن كان موسراً. وإن مثـــل

((**لا يعتق إلا عمودا النسب**)) العمود، والعماد: واحد، وجمعه: أعمدة، وعمد، وعمد بفتحتين وضمتين، وقرئ بهما قوله تعالى: ﴿ فِي عَمَدٍ مُمَدَّدَةٍ ﴾ [الهمزة: ٩]. والعمود معروف، وهو: ما يعمد به الشيء، يقال: عمدته وأعمدته: إذا جعلت له عماداً، فعمودا النسب عند الفقهاء هم: الآباء والأمهات وإن علوا، والأولاد وإن سفلوا، وسموا عمودين استعارة من العمود لغة، لأن الإنسان يعمد بهما، أي: يسند بهما ويقوى.

---

(١) قوله ((وإن ملك ولده إلخ)) أى ولده وإن نزل وأباه وإن علا من الزنا لم يعتق وهو المذهب، لأن أحكام الولد غير ثابتة فيه من الحجب والميراث والمحرمية ووجوب الإنفاق. المبدع (٦/٨).
على قوله ((وهو موسر)) والموسر هنا القادر حالة العتق على قيمة باقيه وأن يكون فاضلا كفطرة أي عن حاجته وحاجة من يمونه يوم العتق وليلته وهذا المذهب.
(٢) قوله ((عتق عليه كله)) أى سواء ملكه بعوض أو بغيره كالهبة والاغتنام والوصية باختياره أو بغيره لأنه فعل سبب العتق اختيارا منه فسرى إليه كما لو أعتق نصيبه من مشترك. المبدع (٦/٩).
(٣) قوله ((وعليه إلخ)) لأنه فوته عليه، وبهذا قال مالك والشافعي، وقال قوم لا يعتق عليه إلا ما ملك. المبدع (٦/٩).
(٤) قوله ((وإن كان معسراً إلخ)) هذا المذهب لأنه لو أعتقه لم يعتق ويستقر ذلك الجزء فيه ويرق الباقي. المبدع (٦/٩).
(٥) قوله (وإن ملكه بالميراث إلخ)) هذا المذهب لأنه لم يتسبب إلى إعتاقه وإنما حصل بغير اختياره. المبدع (٦/٩).

بعبده فجدع أنفه أو أذنه ونحو ذلك عتق نص عليه [1] قال القاضي والقياس أن لا يعتق. وإذا أعتق السيد عبده فماله للسيد [2]، وعنه أنه للعبد.

((**وإن مثل بعبده**)) مثل بوزن ضرب، ومثل: بتشديد التاء. قال أبو السعادات: مثلث بالحيوان أمثل مثلا: إذا قطعت أطرافه، وشوهت به. وبالقتيل: إذا جدعت أنفه أو أذنه، أو مذاكيره، أو شيئاً من أطرافه. والاسم: المثلة. فأما مثل: بالتشديد فللمبالغة.

---

(١) قوله (وإن مثل إلخ)) أى ولو بلا قصد وهذا المذهب وكذا لو جبه أو خصاه أو خرق عضوا منه أو حرق أو وطئ سيد جاريته المباحة التى لا يوطأ مثلها فأفضاها أى خرق ما بين سبيلها قال الشيخ تقي الدين أو استكرهه على الفاحشة أى اللواط وهذا المذهب في ذلك فيعتق بمجرد التمثيل ولا حكم حاكم لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن زنباعا أبا روح وجد غلاما له وطئ جاريته فقطع ذكره وجدع أنفه فأتى العبد النبي ﷺ فذكر له ذلك فقال ﷺ: ما حملك على ما فعلت؟ قال فعل كذا. قال اذهب فأنت حر رواه أحمد وغيره. ولو مثل بعبد مشترك سرى العتق إلى باقيه بشرطه وللسيد الذي مثل ولاء العبد لقوله ((الولاء لمن أعتق)) ولا عتق إذا مثل بعبد غيره. المبدع (٦/٩-١٠).

(٢) قوله ((وإذا أعتق السيد إلخ)) هذا المذهب روي عن ابن مسعود وأبي أيوب وأنس ابن مالك وبه قال قتادة والحكم والثورى والشافعي وأصحاب الرأي. وعنه للعبد وبه قال الحسن وعطاء والشعبي والنخعي ومالك وأهل المدينة لما روى نافع عن ابن عمر رضى الله عنهما أن النبي ﷺ قال ((من أعتق عبدا وله مال فمال العبد له إلا أن يشترطه السيد)) رواه أحمد وأبو داود والترمذي بإسناد جيد. ولنا ما روى الأثرم عن ابن مسعود أنه قال لغلامه عمير: يا عمير إني أريد أن أعتقك عتقا هنيئا فأخبرني بمالك فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول: ((أيما رجل أعتق عبده أو غلامه فلم يخبره بماله فماله لسيده)) ولأن العبد وماله لسيده فأزال ملكه عن أحدهما فبقى في الآخر كما لو باعه، وحديث ابن عمر قال أحمد يرويه عبد الله بن أبي جعفر من أهل مصر وهو ضعيف في الحديث. وحكم المدبر وأم الولد إذا مات سيدها والمكاتب ولهم أموال حكم العبد. الشرح الكبير (٦/٣٥٤-٣٥٥)، المبدع (٦/١٠).

فصل

وإذا أعتق جزءا من عبد معينا أو مشاعا عتق كله[1] وإن أعتق شركا له في عبد وهو موسر بقيمة باقيه عتق كله وعليه قيمة باقيه يوم العتق لشريكه[2] وإن أعتقه شريكه بعد ذلك لم يثبت له فيه عتق[3] وإن كان معسرا لم يعتق إلا نصيبه

---

(١) قوله «وإذا أعتق جزءا إلخ» هذا قول جمهور العلماء روى ذلك عن عمر وابنه وبه قال الحسن والحكم والأوزاعي والثورى والشافعي. قال ابن عبد البر عامة العلماء بالحجاز والعراق قالوا يعتق كله إذا أعتق نصفه. وقال حماد وأبو حنيفة يعتق منه ما أعتق ويسعى في باقيه. وخالف أبا حنيفة أصحابه فلم يروا عليه سعاية. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «ومن أعتق شقصا من مملوك فهو حر من ماله» وفي الصحيحين معناه من حديث أبي هريرة ولأنه إزالة ملك عن بعض رقيقه فزال جميعه كالطلاق. الشرح الكبير (٦/٣٥٥).

على قوله «وإذا عتق جزءاً من عبد» مراده غير شعر وظفر وسن.

على قوله «معينا» كرأسه وإصبعه.

على قوله «أو مشاعاً» كعشره أو نصفه.انظر المبدع (٦/١١).

(٢) قوله «وإن أعتق شركا له إلخ» هذا المذهب وبه قال ابن أبي ليلى ومالك وابن شبرمة والثورى والشافعي وأبو يوسف ومحمد وإسحاق، وقال النبي لا يعتق إلا حصة المعتق ونصيب الباقين باق على الرق لما روى ابن التلب عن أبيه أن رجلا أعتق شقصا له في مملوك فلم يضمنه النبي ﷺ رواه أحمد. ولنا ما روى ابن عمر أن النبي ﷺ قال «من أعتق شركا له في عبد وكان ما يبلغ ثمن العبد قوم عليه العبد قيمة عدل فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد وإلا فقد عتق منه ما عتق» متفق عليه. الشرح الكبير (٦/٣٥٥-٣٥٦)، المبدع (٦/١٢).

[فائدة] تعتبر القيمة وقت العتق لأنه وقت الإتلاف، وهل يقوم كاملا ولا عتق فيه أو قد عتق؟ فيه قولان للعلماء الأول قاله الشيخ تقي الدين لظاهر الخبر. المبدع (٦/١٢-١٣).

على قوله «عتق كله» وإن كان موسرا ببعض قيمته عتق منه بقدر ما أيسر به على الصحيح. المبدع (٦/١٢).

(٣) قوله «فإن أعتقه شريكه إلخ» أى لأنه قد صار حرا بعتق الأول له لأن عتقه حصل باللفظ لا بدفع القيمة وصار جميعه حرا واستقرت القيمة على المعتق الأول وبهذا قال ابن شبرمة وابن أبي ليلى والثورى وأبو يوسف ومحمد وإسحاق وابن المنذر والشافعي في قول له اختاره المزني وقال الزهرى وعمرو بن دينار ومالك والشافعي في قول لا يعتق إلا بدفع القيمة ويكون قبل ذلك ملكا لصاحبه ينفذ عتقه فيه ولا ينفذ تصرفه فيه بغير العتق واحتجوا بقوله ﷺ «فإن كان موسرا يقوم عليه قيمة عدل لا وكس =

ويبقى حق شريكه فيه[1]، وعنه يعتق كله ويستسعى العبد في قيمة باقيه غير مشقوق عليه[2] وإذا كان العبد لثلاثة لأحدهم نصفه وللآخر ثلثه وللثالث سدسه فأعتق صاحب النصف وصاحب السدس معاً وهما موسران عتق عليهما وضمنا

((**ويستسعي العبد**)) قال الأزهري: الاستسعاء: مأخوذ من السعي، وهو: العمل، كأنه قال: يؤاجر ويخارج على ضريبه معلومة، ويصرف ذلك في قيمته، وغير مشقوق عليه، أي: غير مكلف فوق طاقته.

= ولا شطط ثم يعتق)) رواه أبو داود فجعله عتيقا بعد دفع القيمة. ولنا حديث ابن عمر فإنه يروى بألفاظ مختلفة تجتمع في الدلالة على الحرية باللفظ، فروى أيوب عن نافع عن ابن عمر رضى الله عنهما أن النبي ﷺ قال ((من أعتق شركا له في عبد فكان له مال يبلغ ثمنه بقيمة العدل فهو عتيق)) رواه أبو داود النسائي، وفي لفظ رواه ابن أبي مليكة عن نافع عن ابن عمر ((فكان له مال فقد عتق كله)) وروى أبو داود عن أبي هريرة رضى الله عنه قال قال رسول الله ﷺ ((من أعتق شقصا في مملوك فهو حر من ماله)) وهذه نصوص في محل النزاع وأما العطف بثم فلم يرد بها الترتيب فإنها قد ترد لغير الترتيب كقوله تعالى: ﴿ ثُمَّ ٱللَّهُ شَهِيدٌ عَلَىٰ مَا يَفۡعَلُونَ ﴾. الشرح الكبير (٦/ ٣٥٦-٣٥٧).

على قوله ((بعد ذلك)) وقبل أخذ القيمة. المبدع (١٣/٦).

على قوله ((لم يثبت له فيه عتق)) هذا قول الجمهور لخبر ابن عمر. قال الزهرى وعمرو بن دينار ومالك والشافعي في قول لا يعتق إلا بدفع القيمة واختاره الشيخ تقي الدين. الشرح الكبير (٣٥٦/٦).

(١) قوله ((وإن كان معسرا إلخ)) هذا المذهب وهو قول إسحاق وأبي عبيد وابن المنذر وداود وابن جرير ومالك والشافعي وروي عن عروة أنه اشترى عبدا أعتق نصفه فكان عروة يشاهره شهر عبد وشهر حر. الشرح الكبير (٣٥٨/٦).

(٢) قوله ((وعنه إلخ)) وهو قول ابن شبرمة وابن أبي ليلى والأوزاعي وأبي يوسف ومحمد واختاره أبو محمد الجوزي والشيخ تقي الدين، لما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال ((من أعتق شقصا له في مملوك فعليه أن يعتقه إن كان له مال وإلا قوم عليه فاستسعى به غير مشقوق عليه)) متفق عليه، فعلى هذه الرواية قيمة حصة الشريك في ذمة العبد وحكمه حكم الأحرار فلو مات وبيده مال كان لسيده ما بقى من السعاية والباقي إرث ولا يرجع العبد على أحد بشيء وهذا الصحيح. انظر: الشرح الكبير (٣٥٨/٦)، المبدع (١٣/٦).

حق شريكهما فيه نصفين وصار ولاؤه بينهما أثلاثا[١] ويحتمل أن يضمناه على قدر ملكيهما فيه. وإذا أعتق الكافر نصيبه من مسلم وهو موسر سرى إلى باقيه في أحد الوجهين[٢]، وإذا ادعى كل واحد من الشريكين أن شريكه أعتق نصيبه منه وهما موسران فقد صار العبد حراً لاعتراف كل واحد منهما بحريته وصار مدعياً على شريكه قيمة حقه منه ولا ولاء عليه لواحد منهما[٣] وإن كانا معسرين

((**سرى إلى باقيه**)) سرى، وأسرى، لغتان، معناه: سار ليلاً، ثم استعير لتكميل الحرية في العبد المعتق بعضه.

---

(١) قوله ((وإذا كان العبد لثلاثة إلخ)) هذا المذهب أي لأن العتق بمنزلة الإتلاف وقد وجد منهما فيتساويان في ضمانه كما لو جرحه أحدهما جرحاً والآخر أكبر منه ويفارق الشفعة فإنها تثبت لإزالة الضرر عن نصيب الشريك الذي لم يبع فكان استحقاقه على قدر نصيبه ويصير الولاء بينهما أثلاثاً لأنا إذا حكمنا بأن الثلث يعتق عليهما نصفين فنصفه سدس إذا ضمناه إلى النصف صار ثلثين والسدس الآخر إلى سدس المعتق صارا ثلثا. المبدع (٦/١٣/١٤).

على قوله ((فأعتق صاحب النصف وصاحب السدس معا)) أي بأن تلفظا بالعتق معاً أو علقاه على صفة واحدة أو وكلا لشخص في عتقه. المبدع (٦/١٣).

(٢) قوله ((إذا أعتق الكافر إلخ)) هذا المذهب وهو قول الشافعي لعموم ((من أعتق شركا له في عبد)) ولأنه تقويم متلف فاستوى فيه المسلم والكافر كتقويم المتلفات. والثاني لا يسري لأن فيه تقدير الملك والكافر لا يجوز أن يتملك المسلم، ورد بأن هذا ليس بضمان تمليك وإنما هو ضمان إتلاف وليس بجيد إذ لو صح لم يكن له ولاء والفرض أن له الولاء على ما عتق عليه فدل على أنه يدخل في ملكه ثم يعتق والمحذور مغمور بما حصل من مصلحة العتق. المبدع (٦/١٤-١٥).

(٣) قوله ((وإذا ادعى كل واحد من الشريكين)) هذا بلا نزاع لأن كل واحد منهما معترف بحرية نصيبه شاهد على شريكه بحرية نصفه الآخر لأنه يقول لشريكه أعتقت نصيبك فسرى العتق إلى نصيبي فعتق كله عليك ولزمك قيمة نصيبي ((فقد صار العبد حرا)) لاعترافهما بحريته وصار كل واحد مدعيا على شريكه قيمة حقه منه فإن كان لأحدهما بينة حكم بها وإن لم يكن بينة حلف كل واحد منهما لصاحبه وبرئا فإن نكل أحدهما قضى عليه فإن نكلا جميعا سقط حقهما لتماثلهما. انظر: المبدع (٦/١٥).

لم يعتق على واحد[1] منهما فإن اشترى أحدهما نصيب صاحبه عتق حينئذ و لم يسر إلى نصيبه[2] وقال أبو الخطاب يعتق جميعهم. وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسرا عتق نصيب المعسر وحده[3]. وإذا قال أحد الشريكين إذا أعتقت نصيبك فنصيبي حر فأعتق الأول وهو موسر عتق كله عليه[4] وإن كان معسراً عتق على كل واحد منهما نصيبه[5]. وإن قال إذا أعتقت نصيبك فنصيبي حر مع نصيبك فأعتق عتق عليهما موسراً كان أو معسراً[6].

---

(١) قوله «وإن كانا معسرين إلخ» هذا بلا نزاع نعلمه لأن عتق المعسر لا يسرى إلى غيره بل هو شاهد على صاحبه بإعتاق نصيبه فإن كانا فاسقين فلا أثر لكلامهما وإن كانا عدلين عمل بشهادتهما لأن كل واحد منهما لا يجر إلى نفسه نفعا ولا يدفع عنها ضررا لكن للعبد إن يحلف مع كل واحد منهما ويعتق جميعه أو مع أحدهما ويعتق نصفه إذا قلنا أن العتق يثبت بشاهد ويمين وكان عدلا على ما يأتي، ذكره الأصحاب. وذكر ابن أبي موسى لا يصدق أحدهما على الآخر وذكره أبو بكر في زاد المسافر وعلله بأنهما خصمان فلا يثبت شهادة خصم على خصم. المبدع (١٥/٦).

(٢) قوله «وإن اشترى أحدهما إلخ» يعني إذا كانا معسرين وهذا المذهب لأن عتقه حصل باعترافه بحريته بإعتاق شريكه و لم يسر إلى نصيبه لأن السراية فرع الإعتاق و لم يوجد منه ذلك وإنما حكم عليه بالعتق لاعترافه أن شريكه أعتقه ولا يثبت له عليه ولاء لأنه لا يدعي إعتاقه بل يعترف بأن المعتق غيره وإنما هو مخلص له ممن يسترقه. المبدع (١٥/٦-١٦).

(٣) قوله «ولو كان أحدهما إلخ» أي لاعترافه بأن نصيبه قد صار حرا بإعتاق شريكه الموسر الذي يسري عتقه و لم يعتق نصيب الموسر لأنه يدعى أن المعسر الذي لا يسري عتقه أعتق نصيبه فعتق وحده ولا تقبل شهادة المعسر عليه لأنه يجر إلى نفسه نفعا لكونه يوجب عليه بشهادته قيمة حصته فعلى هذا إن لم يكن للعبد بينة سواء حلف الموسر وبرئ من القيمة والعتق جميعاً ولا ولاء للمعسر في نصيبه لأنه لا يدعيه ولا للموسر لذلك فإن عاد المعسر فأعتقه وادعاه ثبت له. المبدع (١٦/٦).

(٤) قوله «وهو موسر عتق كله عليه» هذا المذهب فيعتق نصيبه بالعتق ونصيب شريكه بالسراية ويقوم عليه نصيب شريكه ولا يقع عتقه لأن السراية سبقت فمنعت عتق الشريك. قال المؤلف ويحتمل أن يعتق عليهما جميعا وله ولاؤه كله. انظر: المبدع (١٦/٦).

(٥) قوله «وإن كان معسرا إلخ» أي لأن عتق المعسر لا يسرى إلى نصيب الشريك فوقع عتق الشريك لأنه وجد شرط عتقه و لم يوجد ما يمنع وقوعه ويكون الولاء لهما. المبدع (١٦/٦-١٧).

(٦) قوله «وإن قال إذا أعتقت إلخ» هذا المذهب و لم يلزم المعتق شيء لأن عتق شريكه وقع مقارنا للعتق المعلق ضرورة قوله فنصيبي حر مع نصيبك فلم تجد السراية محلا لأنها لا توجد إلا بعد عتق الأول لنصيبه. المبدع (١٧/٦).

فصل

ويصح تعليق العتق بالصفات كدخول الدار ومجيء الأمطار(١) ولا يملك إبطالها(٢) بالقول وله بيعه وهبته ووقفه وغير ذلك فإن عاد إليه عادت(٣) الصفة إلا أن تكون قد وجدت منه في حال زوال ملكه، فهل تعود بعوده؟ على روايتين(٤). وتبطل الصفة بموته، فإن قال: إن دخلت الدار بعد موتي فأنت حر(٥) أو أنت حر بعد موت بشهر فهل يصح ويعتق بذلك؟ على روايتين(٦).

---

(١) قوله «ويصح تعليق العتق إلخ» هذا المذهب وله بيعه وإجارته وهبته ووطء الأمة كالتدبير لأن ملكه باق عليه إذ العتق لا يقع إلا بعد وجود الشرط وبه قال الأوزاعي والشافعي وابن المنذر. وعنه لا يطأ الجارية لأن ملكه غير تام ومتى جاء الوقت وهو في ملكه عتق بغير خلاف نعلمه فإن خرج عن ملكه ببيع أو ميراث ونحوهما لم يعتق وبه قال أبو حنيفة والشافعي، وقال النخعي وابن أبي ليلى إذا قال لعبده إن فعلت كذا فأنت حر فباعه بيعا صحيحا ثم فعل ذلك عتق وانتقض البيع وعامة أهل العلم على خلاف هذا القول لأنه ﷺ قال «لا طلاق ولا عتاق ولا بيع فيما لا يملك ابن آدم» ولأنه لا ملك له فلم يقع عتاقه. الشرح الكبير (٦/٣٦٤-٣٦٥).

(٢) قوله «ولا يملك إبطالها بالقول» هذا المذهب لأنه ألزم نفسه شيئاً فلم يملك إبطاله بالقول كالنذر، وذكر ابن الزاغوني رواية أن له ذلك كالبيع . المبدع (٦/٣٦٤).

[فائدة] لا يقع العتق قبل كمال الصفة على الصحيح من المذهب كالجعل في الجعالة.

(٣) قوله «فإن عاد إليه إلخ» أى لأن التعليق وتحقق الشرط موجودان في ملكه فوجب العمل به كمال به كما لو لم يزل ملكه عنه. انظر: المبدع (٦/١٨).

(٤) قوله «إلا أن تكون قد وجدت إلخ» إحداهما لا تعود، قال في المبدع وهو المنصوص وجزم به أبو محمد الجوزي، قال في الفائق وهو أرجح لأنها انحلت بوجودها فلم تعد كما لو انحلت بوجودها في ملكه. والثانية تعود وهو المذهب؛ لأنه لم توجد الصفة التي يعتق بها فأشبه ما لو عاد إلى ملكه قبل وجود الصفة، ولأن الملك مقدر في الصفة فكأنه قال إذا دخلت الدار وأنت في ملكي فأنت حر ولم يوجد ذلك. المبدع (٦/١٨-١٩).

(٥) قوله «فإن قال إن دخلت الدار إلخ» ذكر المصنف مسألتين إحداهما: إذا قال: إن دخلت الدار إلخ وأطلق فيها روايتين إحداهما لا يصح ولا يعتق بوجود الشرط وهو الصحيح من المذهب لأنه علق عتقه على صفة توجد بعد زوال ملكه والثانية إذا قال أنت حر إلخ قال مهنا سألت أحمد عن هذا فقال هذا لا يكون شيئاً بعد موته واختاره أبو بكر وغيره لما ذكرنا في التي قبلها. المبدع (٦/١٩).

(٦) قوله «أو أنت حر بعد موتي بشهر إلخ» المذهب في هذه الصورة أنه يصح ويعتق =

وإن قال إن دخلتها فأنت حر بعد موتي فدخلها في حياة سيده صار مدبراً وإلا فلا[1] وإن قال إن ملكت فلاناً فهو حر أو كل مملوك أملكه فهو حر فهل يصح؟ على روايتين[2]. وإن قاله العبد لم يصح في أصح الوجهين[3]. وإن قال آخر مملوك أشتريه فهو حر وقلنا بصحة الصفة فملك عبيداً ثم مات فآخرهم حر من حين الشراء أو كسبه له[4] وإن قال لأمته آخر ولد تلدينه فهو حر فولدت

= كما لو وصى بإعتاقه وكما لو وصى أن تباع سلعته ويتصدق بثمنها. وما كسب العبد بعد الموت وقبل وجود الشرط فهو للورثة وليس لهم التصرف فيه بعد الموت وقبل وجود الشرط ببيع ونحوه. المبدع (١٩/٦).

(١) قوله «وإن قال إن دخلتها إلخ» وهذا المذهب لأنه إذا دخلها وجد شرط التدبير. المبدع (٢٠/٦).

(٢) قوله «وإن قال إن ملكت إلخ» إحداهما لا يصح ولا يعتق روي ذلك عن ابن عباس وبه قال سعيد بن المسيب والحسن وعطاء وعروة والشافعي وابن المنذر ورواه الترمذي عن علي وجابر بن عبد الله وعلى بن الحسين وشريح وغير واحد من التابعين قال وهو قول أكثر أهل العلم لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعا «لا عتق فيما لا يملك ولا طلاق لابن آدم فيما لا يملك» قال الترمذي حديث حسن وهو أحسن ما روي في هذا الباب ولأنه لا يملك تنجيز العتق فلم يملك تعليقه لقوله عليه الصلاة والسلام «لا عتق قبل ملك» رواه أبو داود الطيالسي. والثانية يعتق إذا ملكه وهى المذهب قدمه في الفروع ونقله الجماعة قال القاضي اختاره أصحابنا لأن العتق مقصود من الملك والنكاح لا يقصد به الطلاق، وفرق أحمد بأن الطلاق ليس لله ولا فيه قربة إلى الله تعالى ولأنه أضاف العتق إلى حال ملك عتقه فيه أشبه ما لو كان التعليق في ملكه.انظر الشرح الكبير (٣٦٨/٦-٣٦٩).

(٣) قوله «وإن قال العبد إلخ» يعني إذا قال العبد إن ملكت فلانا فهو حر أو كل مملوك أملكه فهو حر ثم عتق وملك على القول بصحته من الحر وهذا هو المذهب لأن العبد لا يصح منه العتق حين التعليق لكونه لا يملك وإن ملك فهو ملك ضعيف غير مستقر لا يتمكن من التصرف فيه وللسيد انتزاعه منه. المبدع (٢٠/٦-٢١).

[فائدة] لو قال أول عبد أملكه فهو حر وقلنا بصحة تعليق العتق على المالك فلم يملك إلا واحد فقط عتق عليه على الصحيح من المذهب. المبدع (٢١/٦).

(٤) قوله «فإن قال آخر مملوك إلخ» إذا قال ذلك فملك عبيدا لم يحكم بعتق واحد منهم حتى يموت لأنه ما دام حياً فهو يحتمل أن يشتري عبدا يكون هو الآخر فإذا مات عتق آخرهم وتبينا أنه كان حراً حين ملكه فيكون اكتسابه له وإن كان أمة كان أولادها أحرارا من حين ولدهم وإن كان وطئها فعليه مهرها لأنه وطئ حرة أجنبية ولا يحل له أن يطأها إذا اشتراها حتى يشترى بعدها غيرها لأنه ما لم يشتر بعدها غيرها فهي آخر في الحال =

حياً ثم ميتاً لم يعتق الأول وإن ولدت ميتا ثم حيا عتق الثاني وإن ولدت توأمين فأشكل الآخر منهما أقرع بينهما. ولا يتبع ولد المعتقة بالصفة أمه في أصح الوجهين[1] إلا أن تكون حاملا به حال عتقها أو حال تعليق عتقها وإن قال لعبده أنت حر وعليك ألف أو علي ألف عتق ولا شيء عليه[2]، وعنه إن لم يقبل لم يعتق والصحيح في قوله أنت حر علي ألف أنه لا يعتق حتى يقبل. وإن قال أنت حر على أن تخدمني سنة فكذلك[3] وقيل إن لم يقبل لم يعتق رواية واحدة.

= وإنما يزول ذلك بشراء غير فوجب أن يحرم الوطء. المبدع (٢١/٦).

[فائدتان] لو كان آخر من اشترى مملوكين معا أو علق العتق على أول مملوك يملكه فملكهما معاً أو قال لأمته أول ولد تلدينه فهو حر فولدت ولدين خرجا معا فقيل يعتقان قدمه في المغني والشرح وقالا هذا قياس قول أحمد، وقيل لا يعتقان، وقيل يعتق واحد بالقرعة وهو الصحيح من المذهب. الإنصاف (٣٩٤/٧).

(الثانية) إذا قال لأمته كل ولد تلدينه فهو حر عتق كل ولد ولدته في قول جمهور العلماء منهم مالك والأوزاعي والليث والثوري والشافعي. وقال ابن المنذر لا أحفظ عن غيرهم خلافهم فإن باع الأمة ثم ولدت لم يعتق ولدها لأنها ولدتهم بعد زوال ملكه. انظر: الشرح الكبير (٣٧٠/٦).

(١) قوله «ولا يتبع ولد المعتقة إلخ» إذا كانت حاملا حال عتقها أو حال تعليق عتقها فإنه يتبعها بلا خلاف أعلمه وإن وجد حمل بعد التعليق ووضعته قبل وجود الصفة وهي مسألة المصنف هنا فصحح عدم التبعية وهو المذهب لأن الصفة لم تتعلق به حالة التعليق ولا في حال العتق. المبدع (٢٢/٦).

[فائدة] لا يتبع الولد أمه إذا كان منفصلا حال التعليق بلا خلاف أعلمه. الإنصاف (٣٩٦/٧).

(٢) قوه «وإن قال لعبده إلخ» إذا قال لعبده أنت حر وعليك ألف عتق ولا شيء عليه على الصحيح من المذهب لأنه أعتقه بغير شرط وجعل عليه عوضا لم يقبله فعتق و لم يلزمه الألف، وعنه لا يعتق إن لم يقبل. وإذا قال لعبده أنت حر على ألف فقدم المصنف هنا أنه يعتق مجانا بلا قبول وهو إحدى الروايتين لأن «على» ليست من أدوات الشرط ولا البدل. فأشبه قوله وعليك ألف. وعنه إن قبل العبد عتق ولزمته الألف وإن لم يقبل لم يعتق وهذا المذهب قال المصنف هنا وهو الصحيح وهذا قول مالك والشافعي وأبي حنيفة لأنه أعتقه بعوض فلم يعتق بدون قبوله كما لو قال أنت حر بألف ولأن على تستعمل للشرط قال الله تعالى: ﴿ قَالَ لَهُۥ مُوسَىٰ هَلْ أَتَّبِعُكَ عَلَىٰٓ أَن تُعَلِّمَنِ مِمَّا عُلِّمْتَ رُشْدًا ﴾ وقال: ﴿ فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَىٰٓ أَن تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا ﴾ وقال: ﴿ عَلَىٰٓ أَن تَأْجُرَنِى ثَمَٰنِىَ حِجَجٍ ﴾. الشرح الكبير (٣٧١/٦).

(٣) قوله «فإن قال على أن تخدمني إلخ» حكمُ هذه حكم التي قبلها فعلى هذا إذا قبل العبد عتق في الحال ولزمه خدمته سنة فإن مات العبد قبل كمال السنة رجع على العبد بقيمة ما بقي=

فصل

وإذا قال كل مملوك لي حر عتق عليه مدبروه ومكاتبوه وأمهات أولاده وشقص يملكه[١]، وإن قال أحد عبدي حر أقرع بينهما فمن تقع عليه القرعة فهو حر من حين عتقه[٢] وإن مات أقرع الورثة وإن مات أحد العبدين أقرع بينه وبين الحي وإن أعتق عبداً ثم أنسبه أخرج بالقرعة[٣] فإن علم بعدها أن المعتق غيره[٤] عتق وهل يبطل عتق الأول؟ على وجهين.

= من الخدمة، وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة تقسط قيمة العبد على خدمة السنة فيسقط منها بقدر ما مضى ويرجع عليه بما بقى من قيمته. انظر: الشرح الكبير (٣٧١/٦).

(١) قوله «وإن قال كل مملوك لى إلخ» وهذا المذهب وكذا عبيد عبده التاجر بلا نزاع في ذلك كله ويعتق عليه شقص يملكه مطلقا على الصحيح من المذهب لأن لفظه عام فيهم فعتقوا كما لو عينهم. المبدع (٢٤/٦).
[فائدة] لو قال عبدى حر أو أمتى حرة أو زوجتي طالق ولم ينو معينا عتق الكل وتطلق كل نسائه على الصحيح من المذهب نص عليه وعليه جماهير الأصحاب وهو من مفردات المذهب وهذا مبنى على أن المفرد المضاف يعم وهو الصحيح من المذهب وقيل يعتق واحد بالقرعة وقيل يعتق واحد وتطلق واحدة وتخرج بالقرعة اختاره المصنف في المغني. الإنصاف (٤٠١/٧).

(٢) قوله «وإن قال أحد عبدي إلخ» وكذا لو قال أحد عبيدى أو بعضهم حر ولم ينوه أقرع بينهم وليس للسيد التعيين ولا للورثة وهذا المذهب، فإن قال أردت هذا بعينه قبل منه وعتق لأن ذلك إنما يعرف من جهته. وقال أبو حنيفة والشافعي للمعتق التعيين ويطالب بذلك فيعتق من عينه وإن لم يكن نواه حالة القول فإن مات المعتق ولم يعين فالحكم عندنا لا يختلف وليس للورثة التعيين وقد نص الشافعي على هذا. ولو قال لأمتيه إحداكما حرة ولم ينو حرم وطئهما معا بدون قرعة على الصحيح من المذهب فإن وطئ واحدة لم يتعين الرق فيها وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي يتعين الرق فيها لأن الحرية عنده تتعين بتعيينه. الشرح الكبير (٣٧٢/٦).
على قوله «من حين أعتقه» مراده أنه إذا اكتسب مالا بعد العتق فهو له دون سيده. انظر: المبدع (٢٤/٦-٢٥).

(٣) قوله «وإن أعتق عبدا إلخ» أما المعتق أو وارثه وهذا بلا نزاع وبه قال الليث، وقال الشافعي يقف الأمر حتى يذكر فإن مات قبل أن يبين أقرع الورثة بينهم. وقال مالك إن أعتق عبدا له ومات ولم يتبين وكانوا ثلاثة عتق منهم بقدر ثلثهم وإن كانوا أربعة عتق منهم بقدر ربع قيمتهم وعلى هذا فيقرع بينهم فإن خرجت القرعة على من قيمته أقل من الربع أعيدت القرعة حتى تكمل. المبدع (٢٥/٦).

(٤) قوله «فإن علم بعدها إلخ» أحدهما يبطل عتقه وهو الصحيح من المذهب فيعتق الذي عينه ويرد الآخر إلى الرق لأنه تبين له المعتق دون غيره. المبدع (٢٥/٦).

فصل

وإن أعتق في مرض موته ولم يجز الورثة اعتبر من ثلثه[1] فإن أعتق جزءاً من عبده في مرضه أو دبره وثلثه يحتمل جميعه عتق جميعه[2] وعنه لا يعتق إلا ما أعتق. وإن أعتق في مرضه شركا له في عبد أو دبره وثلثه يحتمل باقيه أعطى الشريك وكان جميعه حرا في إحدى الروايتين[3] والأخرى لا يعتق إلا ما ملك منه ولو أعتق في مرضه ستة أعبد قيمتهم سواء وثلثه يحتملهم ثم ظهر عليه دين يستغرقهم بيعوا في دينه[4] ويحتمل أن يعتق ثلثهم. وإن أعتقهم فأعتقنا ثلثهم ثم

«**وإن أعتق شركاً له**» أي: حصة أو نصيباً.

«**أعطي الشريك**» مبنياً للمفعول، أي: أعطي قيمة حصته في الصورتين.

---

(١) قوله «وإن أعتق في مرض إلخ» أى مرض الموت المخوف لأنه تبرع بمال أشبه الهبة ولأنه ﷺ لم يجز عتق الذي أعتق ستة مملوكين في مرضه إلا ثلثهم وما زاد على الثلث إن أجازوه جاز وإن ردوه بطل وكذلك التدبير والوصية بالعتق. المبدع (٦/٢٦).

(٢) قوله «فإن أعتق جزءاً إلخ» وهو المذهب وهو قول أكثر الفقهاء لأنه يزول التدبير كالعتق بالسراية لأنه إعتاق لبعض عبده فيعتق جميعه كما لو أعتقه في حياته وشرطه كما ذكره أن يكون ثلث المريض يحتمله. المبدع (٦/٢٦).

على قوله «أو دبره في مرضه» بأن قال إذا مت فنصف عبدى حر. المبدع (٦/٢٦).

(٣) قوله «وإن أعتق شركا له إلخ» أى يعطي الشريك قيمة باقية بتقدير الحكم بالحرية لقوله عليه الصلاة والسلام «وأعطى شركاءه حصصهم» ويعتق جميعه وهذا المذهب لأن ملك المعتق لثلث المال تام له التصرف فيه بالتبرع وغيره فأشبه عتق الصحيح الموسر. انظر: المبدع (٦/٢٦).

على قوله «والأخرى لا يعتق إلا ما ملك منه» وقال القاضي ما أعتقه في مرض موته سرى وما دبره أو وصى بعتقه فلا فالرواية في سراية العتق في حال الحياة أصح والرواية في وقوفه في التدبير أصح لأن العتق في الحياة ينفذ في حال ملك المعتق وصحة تصرفه في ثلثه كتصرف الصحيح في ماله كله وأما التدبير والوصية فإنما يحصل العتق به في حال زوال ملك المعتق وتصرفاته وهذا مذهب الشافعي. الشرح الكبير (٦/٣٧٥).

(٤) قوله «ولو أعتق في مرضه ستة أعبد إلخ» وجملته أن المريض إذا أعتق عبيده أو دبرهم وهم يخرجون من ثلثه في الظاهر فأعتقناهم ثم مات فظهر عليه دين يستغرقهم تبينا بطلان عتقهم فيباعون في الدين ويكون عتقهم وصية والدين مقدم على الوصية قال علي قضى رسول الله ﷺ بالدين قبل الوصية ولأن الدين يقدم على الميراث بالاتفاق ولهذا يباع في قضاء الدين، ورد ابن أبي ليلى عبدا أعتقه سيده عند الموت وعليه دين فاستحسن ذلك أحمد. المبدع (٦/٢٧).

على قوله «ويحتمل أن يعتق ثلثهم» وهذا رواية فعلى هذا يعتق منه بقدر الثلث ويرد الباقي. المبدع (٦/٢٧).

ظهر له مال يخرجون من ثلثه عتق من أرق منهم[1] وإن لم يظهر له مال جزأناهم ثلاثة أجزاء كل اثنين جزءا وأقرعنا بينهم بسهم حرية وسهمي رق فمن خرج له سهم حرية عتق ورق الباقون[2] فإن كانوا ثمانية فإن شاء أقرع بينهم بسهمي حرية وخمسة رق وسهم لمن ثلثاه حر وإن شاء جزأهم أربعة أجزاء وأقرع بينهم بسهم حرية وثلاثة رق ثم أعاد القرعة بينهم لإخراج من ثلثاه حر وإن فعل غير ذلك جاز، وإن أعتق عبدين قيمة أحدهما مائتان والآخر ثلاثمائة جمعت قيمتهما وهي خمسمائة فجعلتها الثلث ثم أقرعت بينهما فإن وقعت على الذي قيمته مائتان ضربته في ثلاثة ثم نسبت منه خمس المائة يكون العتق فيه خمسة أسداسه

«**ورق الباقون**» رق العبد، بفتح الراء، أي: صار رقيقاً، وأرقه غيره: جعله رقيقاً، ويبنى للمفعول، فيقال: أرق، والرق، بكسر الراء: العبودية.

---

(١) قوله «وإن أعتقهم فأعتقنا إلخ» أى إذا أعتق عبيده في مرضه لم يعتق منهم إلا الثلث ويرق الثلثان إذا لم يجز الورثة فإذا فعل ذلك ثم ظهر له مال بقدر ثلثيهم تبينا أنهم عتقوا حين أعتقهم لأنه بان أنهم ثلث ماله فإن تصرف فيهم ببيع ونحوه كان باطلاً وإن كانوا قد تصرفوا فحكمهم حكم الأحرار فلو تزوج منهم عبد بغير إذن سيده كان نكاحه صحيحا ووجب عليه المهر وإن ظهر له مال بقدر نصفهم عتق نصفهم وإن كان بقدر ثلثهم عتق أربعة أتساعهم وعلى هذا الحساب. المبدع (٦/٢٨).

(٢) قوله «وإن لم يظهر له مال إلخ» وبهذا قال عمر بن عبد العزيز وأبان بن عثمان ومالك والشافعي وداود وابن جرير وهو قول أكثر العلماء لقوله تعالى ﴿ وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ ﴾ ، وعن عمران بن حصين رضى الله عنهما أن رجلاً من الأنصار أعتق ستة مملوكين في مرضه لا مال له غيرهم فجزأهم النبي ﷺ ثلاثة أجزاء فأعتق اثنين وأرق أربعة وقال له قولاً شديداً رواه الجماعة إلا البخارى، قال أحمد في القرعة خمس سنن وأجمعوا على استعمالها في القسمة وإذا أراد الرجل السفر بإحدى نسائه وكذا إذا تشاح الأولياء في التزويج أو من يتولى القصاص، ولأنه حق في تفريقه ضرر فوجب جمعه بالقرعة كقسمة الإجبار مع الطلب وبذلك يبطل قول الخصم أنه مخالف للقياس، ثم لو سلم فالحجة الحديث مطلقا فعلى هذا لابد من تساوى القيمة والعدد فيهم كثلاثة أو ستة أو تسعة قيمة كل واحد منهم مثل قيمة الآخر فإن كانوا متساوى العدد دون القيمة كستة أعبد قيمة اثنين ثلاثمائة ثلاثمائة واثنين مائتان مائتان واثنين مائة مائة جعلت الاثنين الذين قيمتهما أربعمائة جزأ وكل واحد من الذين قيمتهما مائة مع واحد من الأولين جزء وظاهر المتن أنه لا فرق بين أن يعتقهم في دفعة أو دفعات. انظر: الشرح الكبير (٦/٣٧٧).

وإن وقعت على الآخر عتق منه خمسة أتساعه وكل شيء يأتي من هذا فسبيله أن يضرب في ثلاثة ليخرج بلا كسر وإن أعتق واحدا من ثلاثة أعبد فمات أحدهم في حياته أقرع بينه وبين الحيين[1] فإن وقعت على الميت رق الآخران وإن وقعت على أحد الحيين عتق إذا خرج من الثلث. وإن أعتق ثلاثة في مرضه فمات أحدهم في حياة السيد فكذلك في قول أبي بكر[2] والأولى أن يقرع بين الحيين ويسقط[3] حكم الميت.

((**خمس المائة**)) بفتح الخاء، والمراد: خمس مئات، وعرف ((**مائة**)) لتضاف النكرة إلى المعرفة، فتعرف بها.

---

(١) قوله ((وإن أعتق واحدا من ثلاثة أعبد إلخ)) أى غير معين وهذا المذهب لأن القرعة يتبين بها من وقع عليه العتق فوجب أن يقرع بينهم كما لو كانوا أحياء. انظر: المبدع (٦/٣٠).

(٢) قوله: ((وإن أعتق الثلاثة إلخ)) قول أبي بكر هو المذهب، فيقرع بينه وبين الحيين لأن الحرية إنما تنفذ في الثلث . المبدع (٦/٣١).

(٣) قوله: ((والأولى إلخ)) أى لأن الاعتبار في خروجه من الثلث بحالة الموت وحالة الموت إنما كان له العبدان وهما كل ماله. المبدع (٦/٣١).

[فائدة] وكذا الحكم إن أوصى بعتقهم فمات أحدهم بعده. الإنصاف (٧/٤٠).

باب التدبير[1]

وهـــو تعليق العتق بالموت ، ويعتبر [2] من الثلث ، ويصح من كل من تصـــح

باب التدبير

وهو: مصدر دبر العبد، والأمة تدبيراً: إذا علق عتقه بموته، لأنه يعتق بعد ما يدبر سيده، والممات: دبر الحياة، يقال: أعتقه عن دبر، أي: بعد الموت، ولا يستعمل في كل شيء بعد الموت من وصية ووقف وغيره، فهو لفظ خص به العتق بعد الموت [3].

---

(١) [فائدة] سمى تدبيراً لأن الوفاة دبر الحياة يقال دبره تدبيراً إذا علق عتقه بموته يقال أعنقه عن دبر أى بعد الموت قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن من دبر عبده أو أمته ولم يرجع عن ذلك والمدبر يخرج من ثلث ماله بعد قضاء الدين وإنفاذ وصاياه وكان السيد بالغا جائز التصرف أنه يعتق. المبدع (٦/٣٢).

(٢) قوله: «ويعتبر من الثلث» هذا المذهب مطلقا وعليه الأصحاب وهو قول أكثر أهل العلم يروى ذلك عن علي وابن عمر وبه قال شريح وابن سيرين والحسن وسعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز ومكحول والزهري وقتادة وحماد ومالك وأهل المدينة والثوري وأهل العراق والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وروي عن ابن مسعود ومسروق ومجاهد والنخعي وسعيد بن جبير أنه يعتق من رأس المال قياسا على أم الولد ونقله حنبل عن الإمام، وعنه يعتق من كل المال إذا دبره في الصحة دون المرض، ولنا أنه تبرع بعد الموت فكان من الثلث كالوصية ويفارق العتق في الصحة فإنه لم يتعلق به حق غير المعتق فنفذ في الجميع كالهبة المنجزة والاستيلاد أقوى من التدبير لأنه ينفذ من المجنون بخلاف التدبير. الشرح الكبير (٦/٣٨٣).

[فائدتان] يصح تعليقه بالموت مطلقا نحو إن مت فأنت حر، ومقيدا نحو إن مت من مرضى هذا أو عامي أو بهذا البلد فأنت حر، وإن قالا لعبدهما إن متنا فأنت حر فهو تعليق للحرية بموتهما جميعا ولا يعتق بموت أحدهما شيء منه ولا يتبع وارثه حقه. وقال أحمد واختاره المصنف وغيره إذا مات أحدهما فنصيبه حر قال في الإنصاف قلت وهذا المذهب. انظر/ الإنصاف (٧/٤٠٧).

(الثانية) إذا اجتمعت العتق في المرض والتدبير قدم العتق لأنه أسبق وإن اجتمع التدبير والوصية بالعتق تساويا لأنهما جميعا عتق بعد الموت ويحتمل أن يقدم التدبير لأن الحرية تقع فيه عقيب الموت من غير تأخر، والوصية تقف على الإعتاق بعده. انظر/ المبدع (٦/٣٣).

(٣) انظر/ لسان العرب (٢/١٣٢١) — [دبر].

وصيته[١]، وصريحه لفظ العتق والحرية المعلقين[٢] بالموت ولفظ التدبير وما تصرف منها. ويصح مطلقا ومقيدا بأن يقول إن مت من مرضي هذا أو عامي هذا فأنت حر أو مدبر، وإن قال متى شئت فأنت مدبر فمتى شاء في حياة سيده صار مدبرا، وإن قال إن شئت فأنت مدبر فقياس المذهب أنه كذلك، وقال أبو الخطاب إن شاء في المجلس صار مدبراً وإلا فلا. وإذا قال قد رجعت في تدبيري أو قد أبطلته لم يبطل[٣] لأنه تعليق للعتق بصفة، وعنه يبطل كالوصية وله بيع

---

(١) قوله: «ويصح من كل إلخ» هذا المذهب لأنه تبرع بالمال بعد الموت أشبه الوصية، ويصح من الكافر ولو حربياً أو مرتد إن تبينا ملكه له فأسلم، فإن مات مرتدا بطل في الأصح. المبدع (٦/٣٣).

(٢) قوله: «وصريحه إلخ» كقوله أنت حر أو عتيق أو معتق أو محرر بعد موتى فيصير بذلك مدبراً بلا خلاف نعلمه وكذلك إن قال أنت مدبر أو قد دبرتك فإنه يصير مدبراً بمجرد اللفظ وإن لم ينوه هذا منصوص الشافعي.
الشرح الكبير (٦/٣٨٤).
[تنبيه] قوله: «وصريحه إلخ» مراده غير لفظ الأمر والمضارع . المبدع (٦/٣٣).
على قوله: «فقياس المذهب أنه كذلك» يعني كمتى شئت ولا يتقيد بالمجلس، وهذا المذهب. المبدع (٦/٣٤).

(٣) قوله: «وإن قال قد رجعت في تدبيرى إلخ هذا المذهب بلا ريب لأنه على العتق بصفة فلا يبطل كما لو قال إن دخلت الدار فأنت حر.
[فوائد] اعلم أن التدبير هل هو تعليق للعتق على صفة أو وصية؟ فيه روايتان الصحيح منهما وهو المذهب وعليه أكثر الأصحاب أنه تعليق للعتق على صفة.
(الثانية) إذا رهن المدبر لم يبطل تدبيره لأنه تعليق للعتق بصفة فإن مات السيد وهو رهن عتق وأخذ من تركته فيكون رهنا مكانه لأن عتقه بسبب من جهة سيده. الإنصاف (٧/٤٠٩).
(الثالثة) إذا ارتد المدبر ولحق بدار الحرب لم يبطل تدبيره لأن ملك سيده باق عليه ويصح تصرفه فيه بالهبة والعتق والبيع إن كان مقدورا عليه فإن سباه المسلمون لم يملكوه لأنه مملوك لمعصوم ويرد إلى سيده إن علم به قبل قسمه ويستتاب فإن تاب وإلا قتل وإن لم يعلم حتى قسم لم يرد إلى سيده في إحدى الروايتين، ومتى عاد إلى سيده بوجه من الوجوه عاد تدبيره وإن لم يعد إلى سيده بطل تدبيره.

المدبر وهبته[1] وإن عاد إليه عاد التدبير[2]، وعنه لا يباع إلا في الدين وعنه لا تباع الأمة خاصة وما ولدت المدبرة بعد تدبيرها فهو[3] بمترلتها ولا يتبعها ولدها

---

(١) قوله: «وله بيع المدبر وهبته» هذا المذهب مطلقا أي في الدين وغيره مع الحاجة وعدمها روى نحو هذا عن عائشة وعمر بن عبد العزيز وطاوس ومجاهد وهو قول الشافعي، وكره بيعه ابن عمر وسعيد بن المسيب والشعبي والنخعي وابن سيرين والزهرى والثورى والأوزاعي وأصحاب الرأى ومالك لأن ابن عمر روى أن النبي ﷺ قال «لا يباع المدبر ولا يشترى» ولنا ما روى جابر أن رجلاً أعتق مملوكا له عن دبر فاحتاج فقال رسول الله ﷺ من يشتريه مني فباعه من نعيم بن عبد الله بثمانمائة درهم فدفعها إليه وقال أنت أحوج منه متفق عليه. قال أبو إسحاق الجوزجاني صحت أحاديث بيع المدبر باستقامة الطرق، والخبر إذا ثبت استغنى به عن غيره من رأى الناس، وأما خبرهم فلم يصح عن النبي ﷺ إنما هو من قول ابن عمر قال الطحاوى هو عن ابن عمر وليس بمسند عن النبي ﷺ. وقال مالك لا يباع إلا في دين يغلب رقبة العبد فإذا كان العبد يساوى ألفا وكان عليه خمسمائة لم يبع. الشرح الكبير (٦/ ٣٨٨).

(٢) قوله: «ومتى عاد إليه عاد التدبير» أى لأنه علق عتقه بصفة فإذا باعه ثم عاد إليه عادت الصفة وفيه رواية أخرى أنه وصية فيبطل بالبيع ولا يعود لأنه لو وصى بشيء ثم باعه بطلت الوصية ولم تعد بشراء وهذا مذهب الشافعي. الشرح الكبير (٦/٣٨٩).

(٣) قوله: «وما ولدت المدبرة إلخ» الولد الحادث بعد التدبير لا يخلو من حالين أحدهما أن يكون موجودا حال تدبيرها ويعلم ذلك بأن تأتي به لأقل من ستة أشهر من حينه فيدخل بغير خلاف نعلمه كعضو من أعضائها فإن بطل التدبير في الأم لم يبطل في ولدها لأنه ثبت أصلا.

الثاني: أن تحمل به بعد التدبير فهو يتبع أمه مطلقا في قول أكثر أهل العلم روى ذلك عن ابن مسعود وابن عمر وبه قال سعيد بن المسيب والحسن والقاسم ومجاهد والشعبي والنخعي وعمر بن عبد العزيز والزهري ومالك والثوررى والحسن بن صالح وأصحاب الرأى ونقل حنبل عنه أن ولدها عبد إذا لم يشرط المولى فظاهره أنه لا يتبعها ولا تعتق بموت سيدها ولأن عتقها معلق بصفة أشبه من علق عتقها بدخول الدار. ولنا ما روى عن عمر وابنه وجابر أنهم قالوا ولد المدبرة بمترلتها ولم يعرف لهم في الصحابة مخالف فكان كالإجماع فعلى هذا أن بطل التدبير في الأم لمعنى اختص بها فقط فإن لم يتسع الثلث لهما جميعا أقرع بينهما. انظر/ الشرح الكبير (٦/٣٨٩-٣٩٠). المبدع (٦/٣٦).

من قبـــل التدبير[1] وله إصابة مدبرته[2] فإن أولدها بطل تدبيرها وإذا كاتب المدبر أو دبر المكاتب[3] جاز فإن أدى عتق وإن مات سيده قبل الأداء عتق إن حمل الثلث ما بقي من كتابته[4] وإلا عتق منه بقدر الثلث وسقط من الكتابة بقدر ما أعتق وهو على الكتابة فيما بقي[5]. وإذا دبر شركا له في عبد لم يســـر إلى نصيب شريكه[6] وإن أعتق شريكه سرى إلى المدبر وغرم

---

(١) قوله: ((ولا يتبعها إلخ)) هذا المذهب لأنه لا يتبعها في العتق ولا في الاستيلاد ففي التدبير أولى وعلم أن ولد المدبر لا يتبع أباه مطلقا على المذهب لأن الولد إنما يتبع أمه في الرق والحرية. المبدع (٦/٣٦).

(٢) قوله: ((وله إصابة مدبرته)) روى ذلك عن ابن عمر وابن عباس وسعيد بن المسيب وعطاء والنخعي والثورى ومالك والليث والأوزاعي والشافعي قال أحمد لا أعلم أحدا كره ذلك وسواء شرطه أو لا نص عليه وله وطء ابنتها إن لم يكن وطئ أمها على الصحيح من المذهب وعنه أنه لا يجوز. الشرح الكبير (٦/٣٩١).

(٣) قوله: ((وإذا كاتب المدبر إلخ)) إذا كاتب المدبر أو دبر المكاتب جاز بلا نزاع وممن قال بتدبير المكاتب ابن مسعود وأبو هريرة؛ لأن التدبير إن كان عتقا بصفة لم يمنع الكتابة وكذا إن كان وصية كما لو وصى بعتقه ثم كاتبه لكن لو كاتب المدبر فهل يكون رجوعا عن التدبير إن قلنا التدبير عتق بصفة لم يكن رجوعا وإن قلنا هو وصية انبنى على أن كتابة الموصى به هل يكون رجوعاً؟ فيه وجهان أشهرهما أنه رجوع والمشهور في المذهب أن كتابة المدبر ليست رجوعا عن تدبيره. المبدع (٦/٣٧).

على قوله: ((وإذا كاتب المدبر)) جاز بلا خلاف نعلمه لأنه تعليق لعتقه بصفة وهو يملك إعتاقه فملك التعليق وإن قيل هو وصية. المبدع (٦/٣٧).

على قوله: ((عتق)) لأن ذلك شأن المدبر. انظر/ المبدع (٦/٣٧).

(٤) قوله: ((إن حمل الثلث ما بقى من كتابته)) أى لأن المدبر يعتبر في عتقه بالتدبير خروجه من الثلث وبطلت الكتابة. المبدع (٦/٣٧).

على قوله: ((بقدر الثلث)) حيث لم يخرج كله من الثلث لأن ذلك لا مانع له.

على قوله: ((بقدر ما عتق)) لانتفاء محلها بالعتق. المبدع (٦/٣٧).

(٥) قوله: ((وهو على الكتابة إلخ)) أى لأن محلها لم يعارضه شيء، فعلى هذا لو خرج نصفه من الثلث عتق نصفه وسقط نصف الكتابة وبقى نصفه والذي يحسب من الثلث إنما هو قيمة المدبر وقت موت سيده لأن المدبر لو لم يكن مكاتبا لاعتبرت قيمته ومتى عتق بالتدبير كان ما في يده لسيده لأنه كان له قبل العتق فكذا بعده ذكره الأصحاب قال المؤلف وعندى أنه يعتق ويتبعه ولده وإكسابه لأن السيد لا يملك إبطال كتابته لكونها عقدا لازما من جهته وإنما يملك إسقاط حقه عليه.

(٦) قوله: ((وإذا دبر إلخ)) أى وهو موسر وهذا المذهب لأنه تعليق للعتق بصفة فلم تسر كتعليقه بدخول الدار. المبدع (٦/٣٧-٣٨).

قيمتـــه لسيده[1] ويحتمل أن يسري في الأول دون الثاني، وإذا أسلم مدبر الكافر لم يقر في يده وترك في يد عدل ينفق عليه من كسبه وما فضل لسيده[2] وإن أعوز فعليه تمامه إلا أن يرجع في التدبير ونقول بصحة رجوعه فيجبر على بيعه، ومن أنكر التدبير لم يحكم عليه إلا بشاهدين[3] وهل يحكم عليه بشاهد وامرأتين أو بشاهد ويمين العبد؟ على روايتين. وإذا قتل المدبر سيده بطل تدبيره.

باب الكتابة

وهي بيع العبد نفسه بمال في ذمته[4]. وهي مستحبة لمن يعلم فيه خير وهو الكسب والأمانة[5] وعنه أنها واجبة وإذا ابتغاها من سيده أجبر عليها، وهل

---

(١) قوله: «وإن عتق شريكه إلخ» هذا المذهب إن كان موسراً لخبر ابن عمر رضى الله عنهما. المبدع (٦/٣٨).

(٢) قوله: «وإذا أسلم مدبر الكافر إلخ» اعلم أنه إذا أسلم مدبر الكافر فجزم المصنف أنه لا يلزم بإزالة ملكه إذا استدام تدبيره لكن لا يقر في يده وهو أحد الوجهين، والوجه الثاني أنه يلزم بإزالة ملكه عنه، فإن أبى بيع عليه وهو المذهب قدمه في المغنى والمحرر والشرح. المبدع (٦/٣٩).

[فائدة] لو أسلم مكاتب الكافر لزمه إزالة يده عنه، فإن أبى بيع عليه بلا خلاف. انظر/ الإنصاف (٧/٤١٨).

(٣) قوله: «ومن أنكر التدبير إلخ» إذا أنكر السيد ولم يكن بينة فالقول قول السيد مع يمينه. فإن كان للعبد بينة حكم بها ويقبل شاهدان عدلان بلا خلاف فإن لم يكن له إلا شاهد واحد وقال أنا أحلف معه أو شاهد وامرأتان لم يحكم له به في إحدى الروايتين وهو مذهب الشافعي. والثاني يثبت وهو الصحيح من المذهب.

(٤) قوله: «وهى بيع العبد إلخ» هذا بيان لمعنى الكتابة شرعاً ويشترط في المال أن يكون مباحا معلوما يصح السلم فيه منجما أى نجمين فصاعدا يعلم قسط كل نجم ومدته أو منفعة مؤجلة نجمين فصاعدا كأن يكاتبه في المحرم على خدمته فيه وفي رجب أو على خياطة ثوب أو بناء حائط عينهما، وإن كاتبه على شهر معين أو سنة معينة لم تصح لأنه نجم والإجماع على مشروعيتها لقوله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَبۡتَغُونَ ٱلۡكِتَٰبَ ﴾الآية. الشرح الكبير (٦/٣٩٤)، المبدع (٦/٣٩).

[فائدة] إذا كاتب رقيقه وله مال فهو لسيده إلا أن يشترطه المكاتب في قول أكثر العلماء، وعنه للرقيق.

(٥) قوله: «وهى مستحبة إلخ» هذا المذهب مطلقا وعليه جماهير الأصحاب لأنه إعتاق بعوض فلم يجب عليه كالاستسعاء والآية محمولة على الندب. المبدع (٦/٤١).

[فائدة] لا يصح كتابة المرهون على الصحيح من المذهب. وقال في الرعاية الكبرى =

تكره كتابة من لا كسب له؟ على روايتين[١] ولا تصح إلا من جائز التصرف. وإن كاتب المميز عبده باسم وليه صح [٢] ويحتمل أن لا يصح وإن كاتب السيد عبده المميز صح [٣] ولا تصح إلا بالقبول وتنعقد بقوله كاتبتك على كـــذا وإن

باب الكتابة

«**الكتابة**»: اسم مصدر بمعنى المكاتبة، قال الأزهري: المكاتبة: لفظة وضعت لعتق على مال منجم إلى أوقات معلومة يحل كل نجم لوقته المعلوم، وأصلها: من الكتب: الجمع، لأنها تجمع نجوماً[٤].

«**إذا ابتغاها من سيده**» أي: طلبها.

= قلت يجوز كعتقه وهو الصواب، ويجوز كتابة المستأجر. الإنصاف (٧/٤٢٠).

(١) قوله: «وهل تكره كتابة إلخ» إحداهما وهى المذهب وهى ظاهر كلام أحمد أنها تكره وهو قول ابن عمر ومسروق والأوزاعي لأن فيها إضرار بالمسلمين وجعله كلا وعيالا عليهم مع تفويت نفقته الواجبة على سيده، والثانية وهى قول أكثر العلماء لا تكره لأن بريرة كاتبت ولا حرفة لها و لم ينكر ذلك رسول الله ﷺ احتج ابن المنذر. المبدع (٦/٤٢).
[فائدة] تقدم في باب الحجر صحة كتابة الولى رقيق المولى عليه والكتابة في الصحة والمرض من رأس المال على الصحيح من المذهب. وقال أبو الخطاب ومن تبعه في المرض من الثلث ولو كاتبه في الصحة وأسقط دينه أو أعتقه في مرضه اعتبر خروج الأقل من رقبته أو دينه من الثلث ولو وصى بعتقه أو أبرأه من الدين اعتبر أقلهما من ثلثه، ولو حمل الثلث بعضه عتق وباقيه على الكتابة، ولو أقر في المرض بقبض النجوم سالفا جاز. انظر/ الإنصاف (٧/٤٢١).

(٢) قوله: «وإن كاتب المميز عبده إلخ» هذا المذهب لأن تصرف المميز بإذن وليه صحيح في غير الكتابة فكذا هنا. المبدع (٦/٤٢).

(٣) قوله: «وإن كاتب السيد إلخ» بلا نزاع أى لأنه مميز والمصلحة له في العتق بخلاصه من الرق. المبدع (٦/٤٢).
[فائدة] إذا كاتب الذمي عبده ثم أسلما صح وإن أسلم مكاتب الذمي لم تنفسخ الكتابة ولا يجبر على إزالة ملكه فإن اشترى مسلما فكاتبه لم تصح الكتابة لأنها لا تزيل الملك. المبدع (٦/٤٣).

(٤) انظر/ لسان العرب (٥/٣٨١٧) – [كتب].

وإن لم يقل فإذا أديت إلي فأنت حر[١] ويحتمل أن يشترط قوله أو نيته. ولا تصح إلا على عوض معلوم منجم بنجمين فصاعدا[٢] يعلم قدر ما يؤدي في كل نجم وقيل تصح على نجم واحد[٣] وقال القاضي تصح على عبد مطلق وله الوسط[٤] وتصح على مال وخدمة سواء تقدمت الخدمة أو تأخرت. وإذا أدى ما كوتب عليه أو أبرئ منه عتق[٥] وما فضل في يده[٦] فهو له، وعنه أنه إذا ملك ما يؤدي ويضع عنه بعض كتابته[٧] وإذا أدى فعتق فوجد السيد بالعوض عيبا فله أرشه أو قيمته ولا يرتفع العتق[٨].

---

(١) قوله: «وإن لم يقل إلخ» هذا المذهب لأنه صريح في الكتابة. المبدع (٦/٤٣).

(٢) قوله: «ولا تصح إلا على إلخ» الصحيح من المذهب أنها لا تصح إلا على نجمين فصاعدا وإن لم يعلم قدر ما يؤدي في كل نجم لأنها عقد معاوضة كالبيع ومن شرطه أن يكون مؤجلا لأن جعله حالا يفضى إلى العجز عن أدائه وفسخ العقد مع أن جماعة من الصحابة عقدوها كذلك ولو جازت حالا لفعل. المبدع (٦/٤٣).

(٣) قوله: «وقيل تصح إلخ» اختاره ابن أبي موسى وفي الشرح أنه قياس المذهب لأنه عقد يشترط فيه التأجيل فجاز إلى أجل واحد كالسلم واختار صاحب الفائق صحة الكتابة حالة. المبدع (٦/٤٤).

(٤) قوله: «وله الوسط» وقاله أصحاب القاضي، والصحيح من المذهب أنها لا تصح إلا على عوض معلوم. المبدع (٦/٤٤).

(٥) قوله: «وإذا أدى إلخ» هذا المذهب لأنه لم يسبق لسيده عليه شيء ولا يعتق قبل أداء جميع الكتابة على الصحيح من المذهب لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعا قال «المكاتب عبد ما بقي عليه درهم» رواه أبو داود ودل بمنطوقه أنه لا يعتق حتى يؤدي جميع الكتابة وبمفهومه أنه إذا أداها لا يبقى عبدا. المبدع (٦/٤٥).
[فائدة] لو أبرأه بعض الورثة من حقه منها وكان موسرا عتق عليه كله على الصحيح من المذهب. الإنصاف (٧/٤٢٥).

(٦) قوله: «وما فضل إلخ» أى لأنه مالك له بدليل صحة تصرفه فيه قبل العتق.

(٧) قوله: «ولا بأس أن يعجل المكاتب إلخ» مثل أن يكاتبه على نجمين إلى سنة ثم يقول عجل لى خمسمائة حتى أضع عنك الباقي أو قال صالحنى على خمسمائة معجلة جاز ذلك وهو قول طاوس والزهرى لأن مال الكتابة غير مستقر ولا هو من الديون الصحيحة لأنه لا يجبر على أدائه ولا تصح الكفالة به. المبدع (٦/٤٧).
[فائدة] إذا صالح المكاتب سيده عما ما في ذمته بغير جنسه صح، إلا أنه لا يجوز أن يصالحه على شيء مؤجل لأنه يكون بيع دين بدين وإن صالحه عن أحد النقدين بالآخر أو عن الحنطة بشعير لم يجز التفرق قبل القبض لأنه بيع في الحقيقة. انظر/ المبدع (٦/٤٧).

(٨) قوله: «وإذا أدى إلخ» هذا المذهب لأنه إتلاف فإذا حكم بوقوعه لم يبطل أشبه الخلع وهو من مفردات المذهب، وقيل يرتفع إذا رده و لم يعطه البدل.

وعنه إذا ملك صار حرا[1] ويجبر على أدائه[2]، فلو مات قبل الأداء كان ما في يده لسيده في الصحيح عنه[3]، وعلى الرواية الأخرى لسيده بقية كتابته والباقي لورثته[4] وإذا عجل الكتابة قبل محلها لزم السيد الأخذ وعتق[5] ويحتمل أن لا يلزمه ذلك إذا كان في قبضه ضرر[6]. ولا بأس أن يعجل المكاتب لسيده

((**منجم نجمين**)) النجم: بفتح النون في الأصل: اسم لكل واحد من كواكب السماء، وهو بالثريا أخص، ثم جعلت العرب مطالع منازل القمر، ومساقطها، مواقيت لحلول ديونها، ثم غلب حتى صار عبارة عن الوقت، فمعنى منجم: مؤقت.

((**أو أبرئ منه**)) مهموزاً، أي: أسقط عنه.

---

(١) قوله: ((وعنه إذا ملك إلخ)) لما روت أم سلمة أن النبي ﷺ قال ((إذا كان لإحداكن مكاتب له ما يؤدي فلتحتجب منه)) رواه الخمسة وصححه الترمذي وهو من رواية نبهان مولى أم سلمة وثقه ابن حبان وتكلم فيه ابن عبد البر فأمرهن بالحجاب بمجرد ملكه لما يؤديه ولأنه مالك لمال الكتابة أشبه ما لو أداه. المبدع (٦/٤٥).

(٢) قوله: ((ويجبر على أدائه)) أى إذا امتنع من الأداء أجبره الحاكم كسائر الديون الحالة القادر عليها فإن هلك ما في يده قبل أدائه صار دينا في ذمته مع حريته والصحيح الأول وهو قول أكثر أهل العلم. المبدع (٦/٤٥).

(٣) قوله: ((فلو مات قبل الأداء إلخ)) هذا مفرع على الصحيح من المذهب وهو أنه إذا ملك ما يؤدي عن كتابته ولم يؤده لم يعتق، فإذا مات قبل الأداء انفسخت الكتابة وكان ما في يده لسيده. وإن أعتق وارث موسر حقه سرى في الأصح وضمن حق بقية الورثة. انظر/ المبدع (٦/٤٦).

(٤) قوله: ((وعلى الرواية الأخرى إلخ)) أى وهى أنه إذا ملك ما يؤدي يصير حرا قبل الأداء فإذا مات قبل الأداء كان لسيده بقية كتابته والباقي لورثة الميت ولا تنفسخ الكتابة وروى عن على وابن مسعود ومعاوية وهو قول أكثر أهل العلم واختاره هنا أبو بكر وأبو الخطاب، لكن هل يستحقه السيد حالا أو هو على نجومه؟ فيه روايتان. المبدع (٦/٤٦).

(٥) قوله: ((وإذا عجلت الكتابة إلخ)) شمل كلامه القبض مع الضرر وعدمه وكذا قال الإمام أحمد والخرقي وأبو الخطاب والشيرازي والسامرى وغيرهم ورواه سعيد عن عمر وعثمان. المبدع (٦/٤٦).

(٦) قوله: ((ويحتمل إلخ)) هذا المذهب نقله الجماعة عن أحمد قال القاضي والمذهب عندى أن فيه تفصيلا على حسب ما ذكرنا في السلم واختاره المصنف في المغني. المبدع (٦/ ٤٦)، المغني (١٢/٣٥٩).

[فائدة] حيث قلنا باللزوم ولو امتنع السيد من قبضه جعله الإمام في بيت المال وحكم بعتق العبد. الإنصاف (٧/٤٢٧).

فصل

ويملك المكاتب إكسابه ومنافعه والشراء والبيع والإجارة والاستئجار[١] والسفر[٢] وأخذ الصدقة[٣] والإنفاق على نفسه وولده ورقيقه[٤] وكل ما فيه صلاح المال[٥] فإن شرط عليه أن لا يسافر ولا يأخذ الصدقة فهل يصح الشرط؟ على وجهين[٦].

وليس له أن يتزوج ولا يتسرى ولا يتبرع ولا يقرض ولا يحابي ولا يقتص من عبده الجاني على بعض رقيقه ولا يعتق ولا يكاتب إلا بإذن سيده[٧] وولاء من

---

(١) قوله: «ويملك المكاتب إلخ» بالإجماع لأن عقد الكتابة لتحصيل العتق ولا يحصل إلا بأداء عوضه وهو متعذر بالاكتساب، والبيع والشراء من أقوى جهات الاكتساب فإنه قد جاء في الأثر أن تسعة أعشار الرزق في التجارة. المبدع (٦/٤٧-٤٨).

(٢) قوله: «والسفر» أي قريبا كان أو بعيدا لأنه من أسباب الكسب، وقد أطلق القول فيه، والصحيح من المذهب أن له منعه من سفر تحل نجوم كتابته قبل قدومه كالغريم الذي يحل الدين عليه قبل مدة سفره. المبدع (٦/٤٨).

[فائدة] يستثنى من كلام المصنف السفر للجهاد فإنه لا يجوز له السفر لذلك إلا بإذنه على ما مر في كتاب الجهاد. الإنصاف (٧/٤٢٨).

(٣) قوله: «وأخذ الصدقة» واجبة كانت أو مستحبة لأن الله تعالى أذن للمكاتبين في الأخذ من الواجبة فالمستحبة أولى. المبدع (٦/٤٨).

(٤) قوله: «والإنفاق إلخ» أي لأن ذلك مما لا غناء عنه، والمراد بالولد التابع له كولده من أمته، فإن عجز ولم يفسخ سيده كتابته فتلزم النفقة لسيده وللمكاتب النفقة على ولده من أمة لسيده. المبدع (٦/٤٨).

(٥) قوله: «وكل ما فيه صلاح المال» أي يملك كل تصرف فيه صلاح المال كأداة أرش الجناية وجريان الربا بينهما وله المطالبة بالشفعة والأخذ بها من سيده ومن غيره وعليه لو اشترى المكاتب شقصا لسيده فيه شركة فله الأخذ بالشفعة من المكاتب. انظر/ المبدع (٦/٤٨-٤٩).

(٦) قوله: «فإن شرط عليه إلخ» أحدهما يصح الشرط وهو المذهب لأن له فيه فائدة فلزم كما لو شرط نقدا معلوما وهو من مفردات المذهب، فعلى القول بصحة الشرط إذا خالف كان لسيده تعجيزه على الصحيح من المذهب. المبدع (٦/٤٩).

(٧) قوله: «وليس له أن يتزوج إلخ» وهذا الصحيح من المذهب في المسائل كلها. المبدع (٦/٤٩).

[فائدة] ليس للمكاتب أن يزوج رقيقه إلا بإذن سيده على الصحيح من المذهب.

يعتقه ويكاتبه لسيده[1] ولا يكفر بالمال[2]، وعنه له ذلك بإذن سيده[3]. وهل له أن يرهن أو يضارب؟ يحتمل وجهين[4] وليس له شراء ذوي رحمه إلا بإذن سيده. وقال القاضي له ذلك[5] وله أن يقبلهم إذا وهبوا له أو وصى له بهم إذا لم يكن فيه ضرر بماله، ومتى ملكهم لم يكن له بيعهم وله كسبهم وحكمهم حكمه فإن أعتق عتقوا وإن رق صاروا رقيقا للسيد[6]،

(١) قوله: «وولاء من يعتقه إلخ» هذا المذهب مطلقاً لأنه إذا ثبت له الولاء على المكاتب فلأن يثبت على من أنعم عليه المكاتب بطريق الأولى. المبدع (٦/ ٤٩-٥٠).

(٢) قوله: «ولا يكفر بالمال» هذا إحدى الروايات مطلقا جزم به في الخلاصة والوجيز والنظم وقدمه في الشرح لأنه عبد لا يلزمه زكاة ولا نفقة قريب. المبدع (٦/ ٥١).

(٣) قوله: «وعنه له ذلك إلخ» هذا المذهب لأن الحق للسيد وقد أذن فيه. المبدع (٦/ ٥١).

(٤) قوله: «وهل له إلخ» الصحيح عدم الجواز، وكذا بيعه نسأ ولو برهن وهبته بعوض لما في ذلك من الضرر على السيد. المبدع (٦/ ٥١)، الإنصاف (٧/ ٤٣٥).
[فوائد] ليس له أن يحج إن احتاج إلى إنفاق ماله فيه، وعنه يحج ما لم يحل نجم، وهو محمول على أنه لا يحج إلا بإذنه سيده، فإن أمكنه الحج من غير إنفاق فيجوز إذا لم يأت نجمه. المبدع (٦/ ٥١).
(الثانية) لا يجوز هديته للمأكول وإعارة دوابه والتوسعة عليه في النفقة.
(الثالثة) إذا شرط الخدمة فله ذلك وإلا فلا نص عليه. وفي الانتصار يستمتع بجاريته ويستخدمها ويتصرف بمشيئته إلا بتبرع. المبدع (٦/ ٥١-٥٢).
(الرابعة) ليس له أن يقتص لنفسه ممن جنى على طرفه بغير إذن سيده على أحد الوجهين. انظر/ المبدع (٦/ ٥٢).

(٥) قوله: «وقال القاضي له ذلك» وهذا المذهب نص عليه إذ لا ضرر في ذلك فإنه إن عجز فهم عبيد وإن عتق لم يضر السيد عتقهم. المبدع (٦/ ٥٢).
على قوله: «إذا لم يكن فيه ضرر بماله» لأنه ليس في القبول إتلاف مال ولا ضرر. المبدع (٦/ ٥٢).

(٦) قوله: «وحكمهم حكمه إلخ» مراده بذلك ذوو رحمه. واعلم أن المكاتب إذا عتق فلا=

وكذلك الحكم في ولده من أمته وولد المكاتبة التي ولدته في الكتابة يتبعها[1] وإن اشترى المكاتب زوجته انفسخ نكاحها. وإن استولد أمته فهل تصير أم ولد له يمتنع عليه بيعها؟ على وجهين.

«**وإن رق**» بفتح الراء، ولا يجوز ضمها، يقال: رق يرق رقة. والرق بالكسر: العبودية ولا ينبني للمفعول، لأنه لازم.

= يخلو إما أن يكون عتقه بأداء مال الكتابة أو بعتق سيده له فإن كان عتقه بأداء الكتابة عتقوا معه بلا نزاع، وإن كان عتقه لكون سيده أعتقه فظاهر كلام المصنف أنهم يعتقون معه أيضاً وهذا اختيار المصنف وإليه ميل الشارح وصححه الناظم، والصحيح من المذهب أنهم لا يعتقون بل يبقون أرقاء للسيد. المبدع (٥٢/٦).

على قوله: «وكذلك الحكم في ولده من أمته» أى لأنه من ذوى رحمه وظاهره أنه لا يعتق ولده إذا كان من أمة سيده وهو الصحيح من المذهب. المبدع (٥٢/٦).

(١) قوله: «وولد المكاتبة إلخ» نص عليه أى لأن الكتابة سبب للعتق فسرى إلى الولد فإن عتقت بأداء أو إبراء عتق معها وإن عتقت بغيرهما لم يعتق ولدها على الصحيح من المذهب وعليه أكثر الأصحاب. المبدع (٥٢/٦).

على قوله: «يتبعها» وأما ما ولدته قبل الكتابة فلا يتبعها على الصحيح من المذهب. المبدع (٥٢/٦)، الإنصاف (٤٣٨/٧).

على قوله: «انفسخ نكاحها» وكذا لو اشترت المكاتبة زوجها لأنه لا يجتمع ملك اليمين وملك النكاح. المبدع (٥٣/٦).

على قوله: «فهل تصير أم ولد له» المذهب المنصوص أنها تصير أم ولد له . انظر/ المبدع (٥٣/٦).

فصل

ولا يملك السيد شيئاً من كسبه [(١)] ولا يبيعه درهما بدرهمين[(٢)] وإن جنى فعليه أرش جنايته[(٣)] وإن حبسه مدة فعليه أرفق الأمرين به من إنظاره مثل تلك المدة أو أجرة مثله[(٤)] وليس له أن يطأ مكاتبته إلا أن يشترط[(٥)] فإن وطئها و لم يشترط أو وطـــئ أمتها فلها عليه المهر[(٦)]، ويؤدب[(٧)]، ولا يبلغ به الحد وإن شــــرط

«**ولا يبيعه درهماً بدرهمين**» يبيعه: بالنصب بإضمار «أن» لأنه معطوف على اسم صحيح، ويجوز رفعه على الاستئناف.

---

(١) قوله: «ولا يملك السيد إلخ» لأنه اشترى نفسه ولا يبقى ذلك لبائعه كسائر المبيعات ولأن الملك الواحد لا يتوارد عليه ملكان في وقت واحد. المبدع (٥٤/٦).

(٢) قوله: «ولا يبيعه درهما بدرهمين» يعني أنه يجرى الربا بينهما، وهذا المذهب لأنه مع سيده كالأجنبي فيحرم الربا إلا في مال الكتابة. المبدع (٥٤/٦).

(٣) قوله: «وإن جنى إلخ» أى فلا قصاص لكن يلزمه الأرش ولا يجب إلا باندمال الجرح وإن قتل فهدر. المبدع (٥٤/٦).

(٤) قوله: «وإن حبسه إلخ» هذا أحد الوجوه يلزمه أجرة المدة وقيل يلزمه إنظاره مثل المدة ولا يحتسب عليه مدة حبسه صححه المصنف والشارح وقيل يلزمه أرفقهما بمكاتبه لأنه وجد سببها فكان له أنفعهما فإن قهره أجنبي لزمه أجرة مثله وإن قهره أهل الحرب لم يلزم السيد إنظاره لأن الحبس له من جهته. المبدع (٥٤/٦).

(٥) قوله: «وليس له أن يطأ إلخ» أي لأنه أزال ملكه عن استخدامها وأرش الجناية عليها فمنع من وطئها كالمعتقة إلا أن يشترط فله ذلك نص عليه وهذا الصحيح من المذهب لبقاء أصل الملك وقيل له وطؤها وإن لم يشترط في الوقت الذي لا يشغلها الوطء عن السعي. المبدع (٥٤/٦).

(٦) قوله: «فإن وطئها إلخ» هذا الصحيح من المذهب لأنه عوض شيء مستحق للكتابة فكان لها كبقية منافعها وسواء أكرهها عليه أو طاوعته وقيل إن طاوعته فلا. المبدع (٥٤/٦).

(٧) قوله: «ويؤدب» إلخ أى لأنه وطئ وطئا محرما، ولا يبلغ به الحد لأن الحد يدرأ بالشبهات والمكاتبة مملوكة في قول عامتهم وأن كان أحدهما عالما تحريم ذلك والآخر جاهلا عزر العالم وعذر الجاهل. انظر/ المبدع (٥٤/٦-٥٥).

[فائدة] إذا تكرر وطئه فإن كان قد أدى مهر الوطء الأول لزمه للثاني مهر وإن لم يكن أدى لم يلزمه إلا مهر واحد ذكره المصنف والشارح وغيرهما. (تنبيه) ليس له وطء بنت مكاتبته فإن وطئها عزر ومهرها يكون لأمها تستعين به في كتابتها. الإنصاف (٤٤٢/٧).

فإن أحبلها صارت أم ولد له والولد حر يلحقه نسبه ولا يجب عليه قيمتها ولا قيمة ولدها على الأشهر وليس له وطء جارية مكاتبته ولا مكاتبه اتفاقا فإن فعل عزر وولده حر يلحقه نسبه وتصير أم ولد له وعليه قيمتها ومهرها لسيدها ولا تجب قيمة ولدها على الأصح. الشرح الكبير (٥٥/٦).

وطئها فلا مهر لها عليه، ومتى ولدت منه صارت أم ولد له وولده[1] حر فإن أدت عتقت وإن مات قبل أدائها عتقت وسقط ما بقي من كتابتها وما في يدها لها[2] إلا أن يكون بعد عجزها[3]، وقال أصحابنا هو لورثة سيدها[4] وكذلك الحكم فيما إذا أعتق المكاتب سيده. وإن كاتب اثنان جاريتهما ثم وطئاها فلها المهر على كل واحد منهما[5] فإن ولدت من أحدهما صارت أم ولد له ويغرم لشريكه نصف قيمتها [6] وهل يغرم نصف قيمة ولدها؟ على روايتين[7]. وإن أتت بولد فألحق بها صارت أم ولد لهما يعتق نصفها بموت أحدهما وباقيها بموت الآخر، وعند القاضي لا يسري استيلاء أحدهما إلى نصيب شريكه إلا أن يعجز[8] فينظر حينئذ فإن كان

---

(١) قوله: «ومتى ولدت إلخ» أى سواء وطئها بشرط أو بغيره . المبدع (٦/٥٥).
على قوله: «فإن أدت عتقت» أى بالكتابة لأنها عقد لازم من جهة سيدها. المبدع (٦/٥٥).
على قوله: «عتقت» لأنها أم ولد وقد اجتمع لها شيئان فأيهما سبق عتقت به. المبدع (٦/٥٥).
على قوله: «وسقط ما بقى من كتابتها» لأنها عتقت بغير الكتابة. المبدع (٦/٥٥).
(٢) قوله: «وما في يدها لها» ذكره القاضي وابن عقيل لأن العتق إذا وقع في الكتابة لا يبطل حكمها. المبدع (٦/٥٥).
(٣) قوله: «إلا أن يكون بعد عجزها» أى فيكون للسيد لأنها قد عادت إلى ملكه بالعجز. المبدع (٦/٥٥).
(٤) قوله: «وقال أصحابنا إلخ» هذا الخلاف راجع إلى قوله وما في يدها لها لا إلى قوله إلا أن يكون بعد عجزها فإن المذهب إذا كان ما في يدها بعد عجزها فإنه يكون لسيدها وأما قبل العجز فالمذهب ما قاله الأصحاب لأنها عتقت بحكم الاستيلاد.
على قوله: «وكذلك الحكم فيما إذا أعتق المكاتب سيده» أو أعتق السيد مكاتبته.
(٥) قوله: «وإن كاتب اثنان إلخ» أى لأن الوطء يوجب المهر وقد وجد ذلك منهما فإن كانت بكرا حين وطئها الأول فعليه مهر بكر وعلى الآخر مهر ثيب، فإن أفضاها أحدهما بوطئه فعليه لها ثلث قيمتها وقيل قدر نقصها وقال القاضي يلزمه قيمتها وهو مبنى على الواجب في إفضاء الحر. المبدع (٦/٥٥-٥٦).
(٦) قوله: «ويغرم نصف قيمتها» أى قلنا لأنه فوت عليه رقها فإن كان موسرا أداه وإن كان معسرا ففى ذمته لأن الإحبال أقوى من العتق. المبدع (٦/٥٦).
(٧) قوله: «وهل يغرم إلخ» المذهب إنه لا يلزمه لأنها وضعته في ملكه والولد حر. المبدع (٦/٥٦).
(٨) قوله: «إلا أن يعجز» أى لأن المكاتبة انعقد فيها سبب الحرية ولمكاتبها عليها الولاء وفي السراية إبطال لذلك. المبدع (٦/٥٧).

موسرا قوم على نصيب[1] شريكه وإلا فلا[2].

فصل

ويجوز بيع المكاتب[3]. ومشتريه يقوم مقام المكاتب[4] فإن أدى إليه عتق وولاؤه له وإن عجز عاد قنا له وإن لم يعلم أنه مكاتب فله الرد أو الأرش. وعنه لا يجوز بيعه[5]. وإن اشترى كل واحد من المكاتبين الآخر صح شراء الأول وبطل شراء

---

(١) قوله: «فإن كان موسرا إلخ» أى لأن استيلاء الموسر موجب للسراية في الرقيق وحينئذ فنصفها أم ولد ونصفها موقوف فإن أدت عتقت وإن عجزت فسخت الكتابة وقومت على الواطئ وصار جميعها أم ولد. المبدع (٦/٥٧).

(٢) قوله: «وإلا فلا» أى إذا كان الواطئ معسرا لم يسر إحباله إلى نصيب شريكه لأنه إعتاق فلم يسر مع الإعسار كالعول ويصير نصفها أم ولد، فإن عجزت استقر الرق في نصفها وثبت حكم الاستيلاد لنصفها. المبدع (٦/٥٧).

(٣) قوله: «ويجوز بيع المكاتب» هذا المذهب المنصوص نقله الجماعة عن أحمد وقدموه وهو من مفردات المذهب وممن قال بجواز بيعه عطاء والنخعي والليث وابن المنذر وهو قديم قول الشافعي لما روت عائشة قالت جاءت بريرة فقالت إني كاتبت أهلي على تسع أواق كل عام أوقية فأعينيني فقالت عائشة إن أحب أهلك أن أعدها لهم عدة ويكون ولاؤك لي فعلت فعرضت عليهم ذلك فأبوا فذكرت عائشة ذلك لرسول الله ﷺ فقال «لا يمنعك ذلك ابتاعي وأعتقي» متفق عليه قال ابن المنذر بيعت بريرة بعلم النبي ﷺ وهي مكاتبة ولم ينكر ذلك ولا وجه لمن أنكره ولا أعلم خبراً يعارضه ولا أعلم في شيء من الأخبار دليلا على عجزها. انظر/ الشرح الكبير (٦/٤٣١-٤٣٢).

(٤) قوله: «ومشتريه إلخ» أى لأنه بدل عنه، وفيه إشعار بأن الكتابة لا تنفسخ بالبيع وهو كذلك بغير خلاف نعلمه. المبدع (٦/٥٧).

[فائدة] حكم هبته والوصية به حكم بيعه على الصحيح من المذهب، وعنه لا يجوز.

على قوله: «وولاؤه له» لأن المشترى هو المعتق لقوله ﷺ «إنما الولاء لمن أعتق» وقد دل على ذلك حديث بريرة. المبدع (٦/٥٨).

على قوله: «وإن عجز عاد قناً له» حكمه مع بائعه كذلك. المبدع (٦/٥٨).

على قوله: «فله الرد» وأخذ الثمن . المبدع (٦/٥٨).

(٥) قوله: «وعنه لا يجوز بيعه» أى لأنه عقد يمنع استحقاق الكسب فمنع البيع كالذي لا يقع فيه، وعنه المنع بأكثر من كتابته. المبدع (٦/٥٨).

[فائدة] لا يصح بيع الدين الذي على المكاتب من نجومه. وبه قال أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور وقال عطاء وعمرو بن دينار ومالك يصح لأن السيد ملكها في ذمة المكاتب فجاز بيعها ولنا أنه دين غير مستقر فلم يجز كبيع دين السلم لأنه متعرض للسقوط بعجز المكاتب فعلى هذا إن سلم المكاتب نجومه إلى المشترى فقيل يعتق ويبرأ =

الثاني[1] سواء كانا لواحد أو لاثنين وإن جهل الأول منهما فسد البيعان وإن أسر العدو المكاتب فاشتراه رجل وأحب سيده أخذه أخذه بما اشتراه[2] وإلا فهو عند مشتريه مبقي على ما بقي كتابته يعتق بالأداء وولاؤه له.

فصل

وإن جنى على سيده أو أجنبي فعليه فداء نفسه مقدما على الكتابة[3] وقال أبو

= المكاتب من مال الكتابة ويرجع السيد على المشترى بما قبضه وقيل لا يعتق رجحه في الشرح ومال الكتابة باق في ذمة المكاتب ويرجع المكاتب على المشتري بما دفعه إليه ويرجع المشترى على البائع فإن سلم المشترى إلى البائع لم يصح تسليمه لأنه قبضه بغير إذن المكاتب أشبه ما لو أخذه من ماله بغير إذنه. المبدع (٥٨/٦).

(١) قوله: «وإن اشترى إلخ» وهذا بلا نزاع على القول بجواز بيع المكاتب لأن العبد لا يملك سيده لأنه يفضي إلى تناقض الأحكام لأن كل واحد يقول لصاحبه أنا مولاك وولاؤك لي وإن عجزت صرت لي رقيقا. انظر/ المبدع (٥٨/٦).

(٢) قوله: «وإن أسر العدو المكاتب إلخ» إذا أسر الكفار مكاتبا ثم استنقذه المسلمون فالكتابة بحالها فإن أخذ في الغنائم فعلم بحاله أو أدركه سيده قبل قسمه أخذه بغير شيء وهو على كتابته كمن لم يؤسر وإن لم يدركه حتى قسم وصار في سهم بعض الغانمين أو اشتراه رجل من الغنيمة قبل قسمه أو من المشركين وأخرجه إلى سيده فإن السيد أحق به بالثمن الذي ابتاعه وفيما إذا كان غنيمة أنه إذا قسم فلا حق لسيده فيه بحال. وقال أبو حنيفة والشافعي لا يثبت عليه ملك الكفار ويرد إلى سيده بكل حال ووافق أبو حنيفة الشافعي في المكاتب والمدبر خاصة لأنهما عنده لا يجوز بيعهما ولا نقل الملك فيهما. وهذا مبني على ثلاث قواعد الأولى أن الكفار يملكون أموال المسلمين بالقهر، الثانية أن من وجد ماله من مسلم ومعاهد بيد من اشتراه منهم فهو أحق به بثمنه وهذا المذهب فيهما على ما تقدم محررا في باب قسمة الغنائم، الثالثة أن المكاتب يصح نقل الملك فيه وهو المذهب على ما تقدم. انظر/ الشرح الكبير (٦/ ٤٣٤-٤٣٥).

على قوله: «أخذه بما اشتراه» ويكون باقيا على كتابته. المبدع (٥٩/٦).

(٣) قوله: «وإن جنى على سيده إلخ» إذا جنى جناية موجبة للمال تعلق أرشها برقبته ويؤدي من المال الذي في يده وبهذا قال الحسن والحكم وحماد والأوزاعي ومالك والحسن بن صالح والشافعي وأبو ثور. إذا ثبت هذا فإنه يبدأ بأداء الجناية قبل أداء الكتابة سواء حل عليه نجم أو لم يحل نص عليه وهذا المذهب لأن أرش الجناية من العبد يقدم على سائر الحقوق المتعلقة به ولذلك قدمت على حق المالك وحق المرتهن وغيرهما فوجب أن يقدم ههنا. انظر/ الشرح الكبير (٤٣٥/٦-٤٣٦).

على قوله: «فداء نفسه» أي بقيمته. المبدع (٥٩/٦).

بكر: يتحاصان، وإن عتق فعليه فداء نفسه[1] وإن عجز فلسيده تعجيزه إن كانت الجناية عليه[2] وإن كانت على أجنبي ففداه سيده وإلا فسخت الكتابة وبيع في الجناية[3]، وإن أعتقه السيد فعليه فداؤه، والواجب في الفداء أقل الأمرين من قيمته أو أرش جنايته، وقيل يلزمه فداؤه بأرش الجناية كاملة وإن لزمته ديون تعلقت بذمته يتبع بها بعد العتق[4].

فصل

والكتابة عقد لازم من الطرفين لا يدخلها خيار[5] ولا يملك أحدهما فسخها ولا يجوز تعليقها على شرط مستقبل[6]، ولا تنفسخ بموت السيد ولا جنونه ولا

---

(١) قوله: «وإن أعتق إلخ» أي إذا أدى مبادرا وليس محجورا عليه عتق واستقر الفداء عليه ويكون الأرش في ذمته فيضمن ما كان عليه قبل العتق ويفديه بأقل الأمرين من قيمته أو أرش جنايته وإن كان الأداء بعد الحجر لم يصح ووجب رجوعه إلى ولي الجناية وهذا المذهب، وإن أعتقه السيد فعليه فداؤه. المبدع (٦/٥٩-٦٠).

(٢) قوله: «وإن عجز فلسيده إلخ» أي لأن الأرش حق له فكان له تعجيزه إذا عجز عنه كمال الكتابة. المبدع (٦/٦٠).

(٣) قوله: «وإن كانت على أجنبي إلخ» هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب، لأن حق المجني عليه مقدم على حق السيد. المبدع (٦/٦٠).

(٤) قوله: «وإن لزمته ديون إلخ» أي ديون معاملة فلا يملك غريمه تعجيزه هذا المذهب وعليه أكثر الأصحاب وعنه تتعلق برقبته وعنه تتعلق بذمته ورقبته معا قال في المحرر وهو أصح عندي. المبدع (٦/٦١).

[فائدة] قال المصنف والشارح إذا كان عليه ديون مع دين الكتابة ومعه مال يفي بذلك فله أن يبدأ بما شاء وإن لم يف بها ما معه وكلها حالة ولم يحجر الحاكم عليه فخص بعضهم بالقضاء صح وإن كان بعضها مؤجلاً فعجله بإذن سيده جاز وإلا فلا. المغني (١٢/٤٢٧). الشرح (٦/٤٣٨). الإنصاف (٧/٤٤٨-٤٤٩).

(٥) قوله: «والكتابة عقد لازم إلخ» هذا المذهب لأنها عقد معاوضة أشبه عقد النكاح والبيع ولا يدخلها خيار لأن الخيار شرع لدفع الغبن عن المال والسيد دخل على بصيرة إن الحظ لعبده. المبدع (٦/٦١).

(٦) قوله: «ولا يجوز تعليقها إلخ» أي كسائر عقود المعاوضات وقيل يصح العقد دون الشرك وكذا كل شرط فاسد فيها. المبدع (٦/٦١).

على قوله: «ولا تنفسخ بموت السيد» لا نعلم فيه خلافا. المبدع (٦/٦١).

على قوله: «ولا الحجر عليه» لأنها عقد لازم فلم تنفسخ بشيء من ذلك كالبيع.

الحجر عليه، ويعتق بالأداء إلى سيده أو إلى من يقوم مقامه من الورثة وغيرهم فإن حل نجم فلم يؤده فلسيده الفسخ[1]، وعنه لا يعجز حتى يحل نجمان[2]، وعنه لا يعجز حتى يقول قد عجزت. وليس للعبد فسخها بحال[3] وعنه له ذلك ولو زوج ابنته من مكاتبه ثم مات انفسخ النكاح ويحتمل أن لا ينفسخ حتى يعجز ويجب على سيده أن يؤتيه ربع مال الكتابة[4] إن شاء وضعه عنه وإن شاء قبضه ثم دفعه إليه، وإن أدى إليه ثلاثة أرباع المال وعجز عن الربع عتق ولم تنفسخ الكتابة في قول القاضي وأصحابه[5] وظاهر قول الخرقي أنه لا يعتق حتى

---

(١) قوله: «فإن حل نجم إلخ» هذا الصحيح من المذهب وعليه جماهير الأصحاب وهو قول الحارث العكلي وأبي حنيفة والشافعي لأن السيد دخل على أن يسلم له مال الكتابة على الوجه الذي كاتبه عليه. الشرح الكبير (٦/٤٤٥)، الإنصاف (٧/٤٥٠).

(٢) قوله: «وعنه إلخ» هذا ظاهر الخرقي، وقال القاضي هو ظاهر كلام أصحابنا روي ذلك عن الحكم وابن أبي ليلى وأبي يوسف والحسن بن صالح لما روي عن علي قال: لا يرد المكاتب في الرق حتى يتوالى عليه نجمان. الشرح الكبير (٦/٤٤٥)، المبدع (٦/٦٢).

(٣) قوله: «وليس للعبد فسخها» هذا المذهب لأنها سبب الحرية وفيها حق لله. المبدع (٦/٦٢).

(٤) قوله: «ويجب على سيده إلخ» هذا المذهب وهو من مفرداته رواه أبو بكر عن علي مرفوعا وروي موقوفا وأوجبه الشافعي من غير تقدير وقال بريدة والحسن والنخعي والثوري ومالك وأبو حنيفة ليس بواجب ولنا قوله تعالى ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِيٓ ءَاتَىٰكُمۡ﴾ فظاهر الأمر الوجوب، قال علي: ضعوا عنهم ربع مال الكتابة، وعن ابن عباس قال ضعوا عنهم من مكاتبتهم شيئاً. الشرح الكبير (٦/٤٤٨).

(٥) قوله: «فإن أدى ثلاثة أرباع الكتابة إلخ» أي لأنه يجب رده إليه فلا يرد إلى الرق لعجزه عنه لأنه عجز عن أداء حق هو له لا حق للسيد فيه وقال علي رضى الله عنه يعتق منه بقدر ما أدى لما روى ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال إذا أصاب المكاتب حداً أو ميراثا ورث بحساب ما عتق منه ويؤدي المكاتب بحصة ما أدى دية حر وما بقي دية عبد رواه الترمذي وقال حديث حسن وروي عن عمر وعلي أنه إذا أدى الشطر فلا رق عليه وروى ذلك عن النخعي وقال عبد الله ابن مسعود إذا أدى قدر قيمته فهو غريم. المبدع (٦/٦٤)، الشرح الكبير (٦/٤٤٩-٤٥٠).

يؤدي جميع الكتابة[1].

«**زوج ابنته من مكاتبه**» تقول العرب: زوجته امرأة، وتزوجت امرأة، قال الفراء: في لغة أزد شنوءة: تزوجت بامرأة، قال الله تعالى: ﴿ وَزَوَّجْنَـٰهُم بِحُورٍ عِينٍ ﴾ [الطور: ٢٠] فأما زوجتها من فلان، فلم أره منقولاً، ولعله من تضمين زوج معنى: أدنى، كأنه قال: أدنى ابنته من مكاتبه، أو على زيادة «من» في الإثبات، وهو مذهب الأخفش، فيكون الأصل: زوج ابنته مكاتبه.

(١) قوله: «وظاهر الخرقي إلخ» هذا المذهب وروى الأثرم عن عمر وابنه وزيد بن ثابت وعائشة وسعيد بن المسيب والزهري أنهم قالوا المكاتب عبد ما بقى عليه درهم وهو قول القاسم وسالم وسليمان بن يسار وعطاء وقتادة والثورى وابن شبرمة ومالك والأوزاعي والشافعي وأصحاب الرأى وروى ذلك عن أم سلمة لما روى سعيد حدثنا هشيم عن حجاج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعا قال أيما رجل كاتب غلامه على مائة أوقية فعجز عن عشر أواق فهو رقيق وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعا قال المكاتب عبد ما بقي عليه درهم رواه أبو داود وروى سعيد بإسناده عن أبي قلابة قال كن أزواج النبي ﷺ لا يحتجبن من مكاتب ما بقى عليه دينار ولأنه عوض عن المكاتب فلا يعتق قبل أدائه كالقدر المتفق عليه ولأنه لو عتق بعضه لسرى إلى باقيه كما لو باشره بالعتق ويجوز أن يتوقف العتق على أداء الجميع وإن وجب رد البعض إليه كما إذا قال إذا أديت إلي فأنت حر ولله على رد بعضها فإنه لا يعتق حتى يؤديها وإن وجب رد بعضها. الشرح الكبير (٦/٤٥٠ ، المبدع (٦/٦٥).

فصل

وإذا كاتب عبيدا له كتابة واحدة بعوض واحد صح[1] ويقسط العوض بينهم على قدر قيمتهم[2] ويكون كل واحد منهم مكاتبا بقدر حصته يعتق بأدائها ويعجز بالعجز عنها وحده، وقال أبو بكر العوض بينهم على عددهم ولا يعتق واحد منهم حتى يؤدي جميع الكتابة وإذا اختلفوا بعد الأداء في قدر ما أدى كل واحد منهم فالقول قول من يدعي أداء الواجب عليه[3] ويجوز أن يكاتب بعض عبده فإذا أدى عتق كله[4] ويجوز كتابة حصته من العبد المشترك بغير إذن

---

(١) قوله: «وإن كاتب عبيدا إلخ» هذا المذهب وهو قول أكثر أهل العلم منهم عطاء وسليمان بن موسى وأبو حنيفة ومالك والحسن بن صالح وإسحاق وهو المنصوص عن الشافعي، لأن جملة العوض معلومة وإنما جهل تفصيله فلم يمنع صحة العقد. انظر/ الشرح الكبير (٦/٤٥٠)، المبدع (٦/٦٥).

(٢) قوله: «ويقسط إلخ» هذا المذهب وتقسم بينهم على قدر قيمتهم حين العقد لأنه حين المعاوضة وزوال سلطان السيد عنهم فإذا أداه عتق، وهذا قول عطاء وسليمان بن موسى والحسن بن صالح والشافعي وإسحاق. الشرح الكبير(٦/٤٥١)، المبدع(٦/٦٥).

[فائدة] لو شرط عليهم في العقد ضمان كل واحد منهم عن الباقين فسد الشرط وصح العقد قدمه في المغني والشرح وعنه صحة الشرط. الإنصاف(٧/٤٥٤-٤٥٥).

وقال الشافعي العقد والشرط فاسدان لأن الشرط فاسد، ولا يمكن تصحيح العقد بدونه؛ لأن السيد إنما رضي بالعقد بهذا الشرط فإذا لم يثبت لم يكن راضيا بالعقد، وقال أبو حنيفة ومالك: العقد والشرط صحيحان لأنه من مقتضى العقد عندهما. ولنا أن مال الكتابة ليس بلازم ولا مآله إلى اللزوم فلم يصح ضمانه ولأن الضامن لا يلزمه أكثر مما يلزم المضمون عنه ومال الكتابة لا يلزم المكاتب فلا يلزم الضامن وأما العقد فصحيح بدليل أن الكتابة لا تفسد بفساد الشرط بدليل خبر بريرة وسنذكره بعد إن شاء الله. المغني لموفق الدين (١٢/٤٧٨).

(٣) قوله: «وإن اختلفوا إلخ» وهو إذا أدوا وعتقوا فقال من كثرت قيمته أدينا على قدر قيمتنا وقال الآخر أدينا على السواء فبقيت لنا على الأكثر بقية فمن جعل العوض بينهم على عددهم قال القول قول من يدعي التسوية ومن جعل على كل واحد قدر حصته فعنده وجهان أحدهما القول قول من يدعي التسوية الثاني، القول قول من يدعي أداء قدر الواجب عليه. المبدع(٦/٦٦).

(٤) قوله: «ويجوز أن يكاتب بعض عبده إلخ» أى لأنها معاوضة فصحت في بعضه كالبيع ويعتق كله إذا أدى لأنه إذا سرى فيه العتق إلى ملك غيره فإلى ملكه أولى فإن كان كاتب نصفه أدى إلى سيده مثلي كتابته لأن نصف كسبه يستحقه سيده بما فيه من الرق إلا أن يرضى سيده بتأدية الجميع عنه فيصح. انظر/ المبدع(٦/٦٦).

شريكه[1] فإذا أدى ما كوتب عليه ومثله لسيده الآخر عتق كله[2] إن كان الذي كاتبه موسرا وعليه قيمة حصة شريكه، فإن أعتق الشريك قبل أدائه عتق عليه كله إن كان موسرا وعليه قيمة نصيب المكاتب[3] وقال القاضي لا يسري إلى النصف المكاتب إلا أن يعجز فيقوم عليه حينئذ[4]، وإن كاتبا عبدهما جاز سواء كان على التساوى أو التفاضل[5]، ولا يجوز أن يؤدي إليهما إلا على التساوى[6] فإذا كمل أداؤه إلى أحدهما قبل الآخر عتق كله عليه،وإن أدى إلى

---

(١) قوله: ((ويجوز كتابة حصته إلخ)) هذا المذهب وعليه الأصحاب وهو من مفردات المذهب وهو قول الحكم وابن أبي ليلى لأنها عقد معاوضة فجاز بغير إذنه كالبيع. الشرح الكبير(٦/٤٥٤).

(٢) قوله: ((فإذا أدى إلخ)) وجملته أن أحد الشريكين إذا كاتب نصيبه لم تسر الكتابة ولم يتعد الجزء الذي كاتبه وليس للعبد أن يؤدي لمكاتبه شيئاً حتى يؤدي لشريكه مثله سواء أذن الشريك في كتابته أو لم يأذن لأنه إنما أذن في كتابة نصيب شريكه، وذلك يقتضى أن يكون نصيبه باقيا، هذا إذا كان الكسب لجميعه فإن أدى الكتابة من جميع كسبه لم يعتق لأن الكتابة الصحيحة تقتضي العتق ببراءته من العوض وذلك لا يحصل بدفع ما ليس له، وإن أدى إليهما جميعاً عتق كله لأن نصفه يعتق بالأداء، فإذا عتق سرى إلى سائره إن كان الذي كاتبه موسرا ويلزمه قيمة نصيب شريكه لأن عتقه بسبب من جهته أشبه ما لو باشره. المبدع(٦/٦٦)، الشرح الكبير(٦/٤٥٥).

على قوله: ((فإذا أدى ما كوتب عليه إلخ)) هذا صحيح، لكن يكون لسيده من كسبه بقدر ما كوتب منه على الصحيح من المذهب، وعنه يوما ويوما. المبدع(٦/٦٦).

(٣) قوله: ((وإن أعتق الشريك إلخ)) هذا المذهب نص عليه لقوله عليه الصلاة والسلام ((من أعتق شركا له في عبد)) وهذا داخل في عمومه وعلى المذهب يضمن قيمة حصة شريكه مكاتبا وظاهره أنه إذا كان معسراً عتق نصيبه وباقيه على الكتابة فإن عجز عاد الجزء المكاتب رقيقا إلا على رواية الاستسعاء. المبدع(٦/٦٦-٦٧).

(٤) قوله: ((وقال القاضي إلخ)) أى لأنه قد انعقد للمكاتب سبب الولاء فلا يجوز إبطاله إلا أن يعجز فيقوم عليه حينئذ لأنه قد عاد قنا فلا يفضى إلى المحذور المذكور. المبدع(٦/٦٧).

(٥) قوله: ((وإن كاتبا عبدهما إلخ)) أى لأنها عقد معاوضة فجاز من الشريكين متساويا ومتفاضلا كالبيع. المبدع(٦/٦٧).

(٦) قوله: ((ولا يجوز أن يؤدي إلخ)) يعني على قدر الملك فيتساويان في الأداء بغير خلاف=

أحدهما دون صاحبه لم يعتق إلا أن يكون بإذن الآخر فيعتق[1] ويحتمل أن لا يعتق[2].

فصل

وإذا اختلفا في الكتابة فالقول قول من ينكرها، وإن اختلفا في قدر عوضها فالقول قول السيد في إحدى الروايتين، وإن اختلفا في وفاء مالها فالقول قول السيد فإن أقام العبد شاهدا وحلف معه أو شاهدا وامرأتين ثبت الأداء وعتق.

فصل

والكتابة الفاسدة مثل أن يكاتبه على خمر أو خنزير يغلب فيها حكم الصفة في أنه إذا أدى عتق، ولا يعتق بالإبراء، وتنفسخ بموت السيد وجنونه والحجر للسفه ولكل واحد منهما فسخها، ويملك السيد أخذ ما في يده وإن فضل عن الأداء فضل فهو لسيده، وهل يتبع المكاتبة ولدها فيها؟ على وجهين وقال أبو بكر لا تنفسخ بالموت ولا الجنون ولا الحجر، ويعتق بالأداء إلى الوارث.

= نعلمه، فإن قبض أحدهما دون الآخر شيئاً لم يصح وللآخر أن يأخذ حصته إذا لم يكن أذن في القبض. المبدع(٦/٦٧).

على قوله: «عتق كله عليه» لأن نصيبه يعتق بالأداء فيسرى إلى نصيب شريكه.

على قوله: «لم يعتق» لأن العتق لا يحصل بأداء مال الغير. المبدع(٦/٦٧).

(١) قوله: «إلا أن يكون بإذن الآخر فيعتق» أى لأن المكاتب محجور عليه لحق السيد فإذا أذن له صح الأداء. المبدع(٦/٦٧).

(٢) قوله: «ويحتمل إلخ» أى لأن حق السيد في ذمة المكاتب وما في يد المكاتب ملك له فإذا أذن السيد فيه لم ينفذ. انظر/ المبدع(٦/٦٧).

باب أحكام أمهات الأولاد

وإذا علقت الأمة من سيدها فوضعت منه ما يتبين فيه بعض خلق الإنسان صارت له بذلك أم ولد[1] فإذا مات عتقت وإن لم يملك غيرها[2]، وإن وضعت جسما لا تخطيط فيه فعلى روايتين[3]. وإن أصابها في ملك غيره بنكاح أو غيره ثم ملكها حاملا عتق الجنين و لم تصر أم ولد[4]، وعنه تصير[5].

باب أحكام أمهات الأولاد

«**الأحكام**»: جمع حكم، وهو في اللغة: القضاء، والحكمة[6].

---

(١) قوله: «وإذا علقت الأمة إلخ» يقول يشترك لكونها أم ولد شرطان: أحدهما أن تحمل منه في ملكه سواء كان من وطء مباح أو محرم أى سواء كانت فراشا أو مزوجة، وهذا المذهب جزم به في المغني والشرح وهو ظاهر كلام أكثر الأصحاب وقدمه في الفروع، وعنه فيمن أولد أمته المزوجة أنه لا يلحقه الولد. الثاني أن تضع ما يتبين فيه بعض خلق الإنسان حيا كان أو ميتا أسقطته أو كان تاما وروى الأثرم عن ابن عمر قال أعتقها ولدها وإن كان سقطا وروى الدارقطني بإسناد ضعيف عن ابن عباس مرفوعا نحوه لا نعلم فيه خلافا بين القائلين بثبوت الاستيلاد. المبدع(٦/٧١).

(٢) قوله: «فإذا مات إلخ» هذا بلا نزاع. ومحل هذا إذا لم يجز بيعها على المذهب لأنها تعتق من رأس المال، وأما إن جاز بيعها فقطع المصنف وغيره بأنها لا تعتق بموته. المبدع(٦/٧١).

(٣) قوله: «وإن وضعت جسما إلخ» إحداهما لا تصير بذلك أم ولد وهو المذهب لأن ذلك ليس بولد وعتقها مشروط بصيرورتها أم ولد فعلى هذا لا تنقضى به عدة الحرة ولا يجب على الضارب المتلف له غرة ولا كفارة. المبدع(٦/٧٢).

[فائدة] إذا عتقت بموت سيدها فما في يدها لورثة سيدها. وقال ابن حمدان بل لها، وذكر السامرى روايتين.

[تنبيه] ظاهر كلام المصنف أنها لا تصير أم ولد بوضع علقة وهو صحيح وهو المذهب وعنه تصير أم ولد. الإنصاف(٧/٤٦٦).

(٤) قوله: «وإن أصابها في ملك غيره إلخ» هذا المذهب سواء ملكها حاملا فولدت في ملكه أو ملكها بعد ولادتها لأنها لم تعلق في ملكه أشبه ما لو اشتراها بعد الوضع. المبدع(٦/٧٢).

(٥) قوله: «وعنه إلخ» أى لأن حرية البعض أثر في تحرير الجميع بدليل ما لو أعتق بعضها. قال أحمد ما سمعنا فيه أنها لا تصير أم ولد حتى تلد في ملكه. لكن قال المصنف لم أجد هذه الرواية عن أحمد إنما نقل مهنا عنه الوقف، وعنه تصير أم ولد إذا ملكها حاملا. انظر/ المبدع(٦/٧٢).

(٦) انظر/ لسان العرب (٢/٩٥٢) –[حكم].

وأحكام أم الولد أحكام الأمة في الإجارة والاستخدام والوطء وسائر أمورها[1] إلا فيما ينقل الملك في رقبتها كالبيع والهبة والوقف أو ما يراد له كالرهـــن [2]،

وفي الاصطلاح: خطاب الله تعالى المفيد فائدة شرعية[3]. فأحكام أمهات الأولاد ما ذكره في الباب: من تحريم بيعهن، وجواز الانتفاع بهن ونحوهما، وأمهات: واحدها أم، وأصلها: أمهة، ولذلك جمعت على أمات، باعتبار اللفظ، وأمهات: باعتبار الأصل. وقال بعضهم: الأمهات للناس، والأمات: للبهائم. قال الواحدي: الهاء في أمهة زائدة عند الجمهور، وقيل: أصلية.

«**علقت**» علقت الأنثى، بكسر اللام: حملت.

«**ولا تخطيط فيه**» أي: لا تأثير فيه. والتخطيط: مصدر خطط تخطيطاً، مثل كلم تكليماً، وهو مبالغة في خطه، كمده مداً، ومدده تمديداً. والله أعلم.

---

(١) قوله: «وأحكام أم الولد إلخ» أى كالتزويج والعتق ونحوه من أحكام الإماء لما روى ابن عباس مرفوعا قال من وطئ أمته فولدت له فهى معتقة عن دبر منه رواه أحمد وابن ماجه، وفي لفظ أيما امرأة ولدت من سيدها فهى معتقة عن دبر منه أو قال من بعده رواه أحمد فدل على أنها باقية على الرق. المبدع(٦/٧٣).

(٢) قوله: «إلا فيما ينقل الملك إلخ» لما روى ابن عمر مرفوعا «أنه نهى عن بيع أمهات الأولاد وقال لا يبعن ولا يوهبن ولا يورثن يستمتع بها السيد ما دام حيا وإذا مات فهى حرة» رواه الداقطني ورواه مالك في الموطأ والدارقطني من طريق آخر عن ابن عمر عن عمر من قوله وهو أصح قاله المجد، وعن ابن عباس قال ذكرت أم إبراهيم عند النبي ﷺ فقال أعتقها ولدها رواه ابن ماجه والدارقطني وهذا مذهب الجمهور وقد حكى الموفق إجماع الصحابة على ذلك، ولا يقدح في صحة هذه الحكاية ما روي عن علي وابن عباس من الجواز لأنه قد روي عنهم الرجوع كما حكى ذلك ابن رسلان في شرح السنن وأخرج عبد الرازق بإسناد صحيح عن على أنه رجع عن رأيه الآخر إلى قول جمهور الصحابة وأخرج أيضاً عن معمر عن أيوب عن ابن سيرين عن عبيدة السلماني قال سمعت عليا يقول اجتمع رأيي ورأى عمر في أمهات الأولاد أن لا يبعن ثم رأيت بعد أن يبعن قال عبيدة فقلت له فرأيك ورأى عمر في الجماعة أحب إلى من رأيك وحدك في الفرقة وهذا الإسناد معدود في أصح الأسانيد. انظر/ المبدع(٦/٧٣).

(٣) انظر/ المختصر في أصول الفقه لابن اللحام (ص/٥٢-٥٣).

وعنه ما يدل على جواز بيعها مع الكراهة ولا عمل عليه[1]، ثم إن ولدت من غير سيدها فلولدها حكمها في العتق بموت سيدها[2] سواء عتقت أو ماتت قبله، وإن مات سيدها وهي حامل منه فهل تستحق النفقة لمدة حملها؟ على روايتين[3]. وإذا جنت أم الولد فداها سيدها بقيمتها أو دونها[4]، وعنه عليه

---

(١) قوله: «وعنه ما يدل إلخ» وهو قول ابن عباس وابن مسعود وابن الزبير والمزني وداود واختاره الشيخ تقي الدين قال في الفائق وهو أظهر قال فعتق بوفاة سيدها من نصيب ولدها إن كان لها ولد أو بعضها مع عدم سعته ولو لم يكن لها ولد فكسائر رقيقه لما روى أبو الزبير عن جابر أنه سمعه يقول: كنا نبيع سرارينا أمهات أولادنا والنبي ﷺ فينا حي لا نرى بذلك بأسا رواه أحمد وابن ماجه، وعن عطاء عن جابر قال بعنا أمهات الأولاد على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر فلما كان عمر نهانا فانتهينا رواه أبو داود قال في الفنون ويجوز البيع لأنه قول علي وغيره وإجماع التابعين لا يرفعه قال بعض العلماء إنما وجه هذا أن يكون ذلك مباحاً ثم نهي عنه ولم يظهر النهي لمن باعها ولا علم أبو بكر بمن باع في زمانه لقصر مدته واشتغاله بأهم أمور الدين، ثم ظهر ذلك زمن عمر فأظهر النهي والمنع، وهذا مثل حديث جابر أيضاً في المتعة. انظر/ المبدع(٦/٧٣-٧٤).

(٢) قوله: «ثم إن ولدت إلخ» يعني إذا ولدت من زوج أو غيره بعد أن صارت أم ولد من سيدها وسواء عتقت أمه قبل موت السيد أو ماتت في حياة السيد فإن حكم الولد حكمها وإن مات سيدها عتق معها لأن الولد تبع لأمه في الحرية والرق فتبعها في سبب الحرية، قال أحمد قال ابن عمر وابن عباس وغيرهما ولدها بمنزلتها ولا نعلم في هذا خلافا بين القائلين بثبوت حكم الاستيلاد إلا أن عمر بن عبد العزيز قال: هم عبيد ويجوز فيه من التصرفات ما يجوز فيها ويمتنع فيه ما يمتنع فيها إلا أنه لا يجوز للسيد أن يستمتع ببناها لأنه دخل بأمهن. المبدع(٦/٧٤).
[تنبيه] ظاهر قوله ثم إن ولدت أن الولد لو كان موجوداً قبل إيلادها من سيدها لا يعتق بموت السيد وهو صحيح المذهب. الإنصاف(٧/٤٧٠).

(٣) قوله: «وإن مات إلخ» هذا مبني على الخلاف في نفقة الحامل فإن قلنا هي للحمل كما هو الصحيح من المذهب فلا نفقة لها لأن الحمل له نصيب في الميراث فتجب نفقته في نصيبه، وإن قلنا للحامل فلها النفقة لأنه شغلها بحمله. المبدع(٦/٧٥).

(٤) قوله: «وإذا جنت إلخ» أي بالأقل منهما وهذا المذهب، أي لأنه يمتنع عليه بيعها فإن ماتت قبل فدائها فلا شيء على سيدها لأن أرش جنايتها متعلق برقبتها وإن نقصت قيمتها قبله أيضاً وجب فداؤها بقيمتها يوم الفداء وإن زادت قيمتها زاد فداؤها حال حملها فعليه قيمتها حاملاً. انظر/ المبدع(٦/٧٥).

فداؤها بأرش الجناية كله وإن عادت فداها أيضا[1] وعنه يتعلق ذلك بذمتها. وإن قتلت سيدها عمداً فعليها القصاص[2] وإن عفوا على مال أو كانت الجناية خطأ فعليها قيمة نفسها[3] وتعتق في الموضعين[4] ولا حد على قاذفها، وعنه عليه الحد.

«**بقيمتها أو دونها**» دونها: بالنصب، صفة لموصوف محذوف، أي: أو مقدار دونها، ويجوز جره عطفاً على قيمتها المجرور.

---

(١) قوله: «وإن عادت إلخ» هذا المذهب لأنها أم ولد جانية فلزمه فداء كالأول. المبدع(٦/ ٧٥).

[فائدة] قال المصنف والشارح إن جنت جنايات وكانت كلها قبل فداء شيء منها تعلق أرش الجميع برقبتها ولم يكن على السيد في الجنايات كلها إلا قيمتها أو أرش جميعها وعليه الأقل منهما ويشترك المجني عليهم في الواجب لهم فإن لم يف تحاصوا. الإنصاف(٧/٤٧٢).

على قوله: «يتعلق ذلك بذمتها» أى يتعلق الفداء الثاني بذمتها تتبع به بعد العتق قدمه في الترغيب حذارا من إضرار السيد. المبدع(٦/٧٥).

(٢) قوله: «وإن قتلت سيدها» هذا مقيد بما إذا لم يكن لها منه ولد فإن كان لها منه ولد لم يجب القصاص على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب لأنه ورث بعض الدم وحينئذ إذا لم يجب القصاص فعليها قيمة نفسها. المبدع(٦/٧٦).

(٣) قوله: «وإن عفوا على مال إلخ» هذا إحدى الروايتين وهو قول القاضي والمصنف لأن الجناية وجدت منها وهى مملوكة فوجب عليها قيمة نفسها والصحيح من المذهب أنه يلزمها الأقل من قيمتها أو ديته نص عليه. المبدع(٦/٧٦).

(٤) قوله: «وتعتق إلخ» هذا المذهب وعليه الأصحاب لأن المقتضى لعتقها قد زال لا يقال ينبغي أن لا تعتق كالقاتل لا يرث لأنه يلزم نقل الملك فيها وأنه ممتنع قال الزركشي: فيما عللوه به نظر لأن الاستيلاد كما أنه سبب العتق بعد الموت كذلك النسب سبب للإرث فكما جاز تخلف الإرث مع قيام السبب بالنص فكذلك ينبغي أن يتخلف العتق مع قيام سببه لأنه مثله، وقد قيل في وجه الفرق أن الحق وهو الحرية لغيرها فلا تسقط بفعلها بخلاف الإرث فإنه بمحض حقها. المبدع(٦/٧٦-٧٧).

على قوله: «ولا حد على قاذفها» هذا المذهب وعليه الأصحاب. انظر/ المبدع (٦/٧٧).

فصل

إذا أسلمت أم ولد الكافر أو مدبرته منع من غشيانها وحيل بينه وبينها[1] وأجبر على نفقتها إن لم يكن لها كسب[2]، فإن أسلم حلت له وإن مات قبل ذلك عتقت. وعنه أنها تستسعى في حياته وتعتق. وإذا وطئ أحد الشريكين الجارية[3] فأولدها صارت أم ولد له وولده حر وعليه قيمة نصيب شريكه[4] فإن كان معسرا كان في ذمته[5] فإن وطئها الثاني بعد ذلك فأولدها فعليه مهرها[6] فإن كان عالما فولده رقيق[7] وإن جهل إيلاد شريكه أو أنها صارت أم ولد له فولده حر وعليه فداؤه[8] يوم الولادة ذكره الخرقي، وعند القاضي وأبي الخطاب إن كان الأول معسراً لم يسر استيلاده[9] وتصير أم ولد لهما يعتق نصفها بموت أحدهما، وإن أعتق أحدهما نصيبه بعد ذلك وهو موسر فهل يقوم عليه نصيب شريكه؟ على وجهين.

«**من غشيانها** » بكسر الغين، أي: من جماعها، يقال: غشي المرأة غشيانا: إذا جامعها.

---

(١) على قوله: «وحيل بينه وبينها» بلا نزاع ومقتضى ذلك أن ملكه باق عليهما. وأنهما لم يعتقا أما أم الولد فهو المذهب لأن عتقها مجانا فيه إضرار بالسيد. المبدع(٦/٧٧).

(٢) على قوله: «إن لم يكن لها كسب» وهذا المذهب لأنها ملكه. المبدع(٦/٧٧).

(٣) على قوله: «فإذا وطئ أحد الشريكين الجارية» حرم بغير خلاف نعلمه وأدب، قال الشيخ تقي الدين وقدح في عدالته. المبدع(٦/٧٨).

(٤) على قوله: «وعليه قيمة نصيب شريكه» فقط على الصحيح من المذهب، وعنه مع نصف المهر نصف قيمة الولد. المبدع(٦/٧٨).

(٥) على قوله: «فإن كان معسراً كان في ذمته» كما لو كانت خالصة موسرا كان أو معسرا لأن الإيلاد أقوى من الإعتاق. المبدع(٦/٧٨).

(٦) على قوله: «فعليه مهرها» لأنه وطئ أمة غيره لأن نصفه انتقل إلى الواطئ الأول بالاستيلاد. المبدع(٦/٧٨).

(٧) على قوله: «فولده رقيق» كوطء الأمة الأجنبية. المبدع(٦/٧٨).

(٨) على قوله: «وعليه فداؤه» لأنه من وطء شبهة. المبدع(٦/٧٨-٧٩).

(٩) على قوله: «لم يسر استيلاده» كالعتق ولما فيه من الضرر اللاحق للمالك ولأنه لو أعتق نصفه من العبد المشترك لم يسر مع الإعسار فكذا مع الاستيلاد. انظر/ المبدع(٦/٧٩).

كتاب النكاح

النكاح سنة(١) والاشتغال به أفضل من التخلي لنوافل العبادة (٢) إلا أن يخـاف

كتاب النكاح

النكاح في كلام العرب: [الجماع] والوطء. قاله الأزهري، وقيل للتزويج: نكاح، لأنه سبب الوطء، ويقال: نكح المطر الأرض، ونكح النعاس عينه. وعن الزجاج: النكاح في كلام العرب بمعنى الوطء، والعقد جميعاً، وموضوع: ن ك ح في كلامهم : للزوم الشيء للشيء، راكباً عليه، قال ابن جني: سألت أبا علي

---

(١) قوله: ((النكاح سنة)) الأصل في مشروعيته الكتاب والسنة والإجماع. أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿ فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ ﴾ الآية. وأما السنة فقوله ﷺ ((يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج، فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء)) وقوله عليه الصلاة والسلام ((إني أتزوج النساء فمن رغب عن سنتي فليس مني)) متفق عليهما. المبدع(٦/٨٢).

(٢) قوله: ((والاشتغال به إلخ)) الناس في النكاح على ثلاثة أضرب: أحدها من يخاف على نفسه الوقوع في المحظور إن تركه فهذا يجب عليه في قول عامة الفقهاء لأنه يلزمه إعفاف نفسه وصرفها عن الحرام. الثاني من يستحب له وهو من له شهوة يأمن معها الوقوع في محظور فالنكاح في حقه مستحب على الصحيح من المذهب، ((والاشتغال به أفضل من التخلي لنوافل العبادة)) وهو قول أصحاب الرأي وظاهر أقوال الصحابة وفعلهم، قال ابن مسعود رضى الله عنه: لو لم يبق من أجلي إلا عشرة أيام وأعلم أني أموت في آخرها يوما لي فيها طول النكاح لتزوجت مخافة الفتنة. وقال ابن عباس رضى الله عنهما لسعيد بن جبير: تزوج فإن خير هذه الأمة أكثرها نساء، وقال الشافعي: التخلي لنوافل العبادة أفضل. ولنا ما تقدم. الثالث من لا شهوة له إما لأنه لا شهوة له كالعنين أو ذهبت شهوته لمرض أو كبر ونحوه ففيه وجهان: أحدهما يستحب له النكاح لما ذكرنا، والثاني التخلي له أفضل فإنه لا يحصل مصالح النكاح ويمنع زوجته من التحصين بغيره ويعرض نفسه لواجبات وحقوق لعله لا يقوم بها. المبدع(٦/٨٢، الشرح الكبير(٤ /١٥٢-١٥٣).

[فائدة] العنت هنا هو الزنا على الصحيح. الإنصاف(٨/٩).

[فائدة] يجوز له النكاح بدار حرب للضرورة على الصحيح من المذهب، وعنه لا يتزوج وإن خاف، وإن لم يكن به ضرورة للنكاح فليس له ذلك على الصحيح، فعلى تعليل أحمد لا يتزوج ولا مسلمة ونص عليه ولا يطأ زوجته إن كانت معه نص عليه، وعلى مقتضى تعليله له أن يتزوج آيسة أو صغيرة فإنه علل وقال من أجل الولد وحيث حرم نكاحه بلا ضرورة وفعل وجب عزله وإلا استحب. المبدع(٦/٨٣).

على نفسه في مواقعة المحظور بتركه فيجب عليه، وعنه أنه واجب على الإطلاق. ويستحب تخير ذات الدين الولود البكر الحسيبة الأجنبية[1]. ويجوز لمن أراد خطبة امرأة النظر إلى وجهها من غير خلوة بها[2]، وعنه له النظر إلى ما يظهر

الفارسي عن قولهم: نكحها، قال: فرقت العرب فرقاً لطيفاً تعرف به موضع العقد من الوطء. فإذا قالوا: نكح فلانة، أو بنت فلان، أرادوا: تزوجها، وعقد عليها، وإذا قالوا: نكح امرأته، أو زوجته: لم يريدوا إلا المجامعة، لأن بذكر امرأته وزوجته يستغنى عن العقد، وقال الجوهري: النكاح: الوطء، وقد يكون: العقد. ونكحتها، ونكحت هي، أي: تزوجت[3]. وهو في الشرع: العقد. وقال القاضي أبو يعلى: هو حقيقة في العقد، والوطء جميعاً، وقيل: بل هو حقيقة في الوطء، مجاز في العقد، حكى الثلاثة المصنف في «المغني» وصحح الأول[4].

«**التخلي**» هو: تفعل من خلا يخلو: إذا انفرد، والتخلي: التفرد والخلوة بنوافل العبادة، دون النكاح، وتوابعه.

---

(١) قوله: «ويستحب تخير إلخ» لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبي ﷺ قال «تنكح المرأة لأربع: لمالها وجمالها وحسبها ودينها، فاظفر بذات الدين تربت يداك» وقوله عليه الصلاة والسلام «تزوجوا الولود فإني مكاثر بكم يوم القيامة» رواه النسائي، وقوله عليه الصلاة والسلام «عليكم بالأبكار فإنهن أعذب أفواها وأفتح أرحاماً وأرضى باليسير» رواه أحمد . المبدع(٦/٨٣-٨٤).

(٢) قوله: «ويجوز لمن أراد إلخ» قال شيخنا: لا نعلم خلافا بين أهل العلم في إباحة النظر إلى المرأة لمن أراد نكاحها، وله النظر إلى ما يظهر غالبا كالرقبة واليدين والقدمين والوجه لما روى جابر رضى الله عنه قال قال رسول الله ﷺ «إذا خطب أحدكم المرأة فإن استطاع أن ينظر إلى ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل» قال: فخطبت امرأة فكنت أتخبأ لها حتى رأيت منها ما دعاني إلى نكاحها. رواه أحمد وأبو داود وهذا المذهب، لأنه عليه الصلاة والسلام لما أذن في النظر إليها من غير علمها علم أنه أذن في النظر إلى ما يظهر غالبا إذ لا يمكن إفراد الوجه بالنظر مع مشاركة غيره له في الظهور، وعن داود أنه ينظر إلى جميعها لظاهر قوله عليه الصلاة والسلام «انظر إليها» وقال الشافعي ينظر إلى الوجه والكفين. المبدع(٦/٨٥)، الشرح الكبير(٤ /١٥٤-١٥٥).
على قوله: «إلى وجهها» فقط لأنه يجمع المحاسن. المبدع(٦/٨٥).
على قوله: «من غير خلوة بها» لما روى ابن عباس رضى الله عنهما مرفوعا قال «لا يخلون رجل مع امرأة إلا مع ذى محرم» متفق عليه. المبدع(٦/٨٥).

(٣) انظر/ لسان العرب (٥/٦٢٥).

(٤) انظر/ المغني (٧/٣)، المبدع (٧/٣) كشاف القناع (٥/٦)، الإنصاف للمرداوي (٨/٤-٥).

غالبا كالرقبة واليدين والقدمين، وله النظر إلى ذلك وإلى الرأس والساقين من الأمة المستامة[1] ومن ذوات محارمه وعنه لا ينظر من ذوات محارمه إلا الوجه والكفين[2].

«**مواقعة المحظور**» المحظور: الحرام.

«**الولود**» هي: التي تكثر ولادها، يقال منه: ولدت، فهي والد، فإذا أرادت التكثير قالوا: ولود.

«**الحسيبة**» هي: النسيبة. وأصل الحسب: الشرف بالآباء، وما يعده الإنسان من مفاخرهم.

«**خطبة امرأة**» بكسر الخاء، أي: طلب نكاحها من نفسها، ومن وليها. والخطبة، بالفتح: المرة من خطب القوم. وبالضم، ما يقوله الخطيب، ومنه قول المصنف رحمه الله: يخطب بخطبة ابن مسعود.

«**المستامة**» هي المطلوب شراؤها، يقال: سام الشيء، واستامه: طلب ابتياعه، فهو مستام: للفاعل، والمفعول.

---

(١) قوله: «وله النظر إلى ذلك إلخ» يعني له النظر إلى ما يظهر غالبا وإلى الرأس والساقين منها وهذا المذهب لأن الحاجة داعية إلى ذلك ولأنها تراد للاستمتاع وغيره من التجارة. انظر/ المبدع (٦/٨٥).

(٢) قوله: «ومن ذوات محارمه إلخ» يعني يجوز له النظر من ذوات محارمه إلى ما يظهر غالبا وإلى الرأس والساقين وهذا المذهب، وليس له النظر إلى ما لا يظهر غالبا كالصدر والظهر ونحوهما، ومنع الحسن والشعبي والضحاك النظر إلى شعر ذوات المحارم وهو إحدى الروايتين عن أحمد رحمه الله تعالى، وروي عن هند بنت المهلب قالت قلت للحسن ينظر الرجل إلى قرط أخته وإلى عنقها؟ قال: لا ولا كرامة. وقال الضحاك: لو دخلت على أمي لقلت أيتها العجوز غطي شعرك. والصحيح الأول لقوله تعالى: ﴿ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ ﴾ الآية وقالت سهلة بنت سهيل «يا رسول الله إنا كنا نرى سالما ولدا فكان يأوى معي ومع أبي حذيفة في بيت واحد ويراني فضلا وقد أنزل الله فيهم ما علمت فكيف ترى فيه؟ فقال النبي ﷺ أرضعيه فأرضعته خمس رضعات فكان بمترلة ولدها» رواه مسلم بمعناه وأبو داود. المبدع (٦/٨٦)، الشرح الكبير(٤ /١٥٥-١٥٦).
[فائدة] حكم المرأة في النظر إلى محارمها حكمهم في النظر إليها. الإنصاف(٨/١٩).

وللعبد النظر إليهما من مولاته[1] ولغير أولي الإربة من الرجال كالكبير والعنين ونحوهما النظر إلى ذلك. وعنه لا يباح وللشاهد والمبتاع النظر إلى وجه المشهود عليها ومن تعامله [2] و للطبيب النظر إلى ما تدعو الحاجة إلى

«**أولي الإربة**» بمعنى: أصحاب. والإربة، بكسر الهمزة: الحاجة والمراد هنا بالإربة: النكاح. والأربة بالفتح: المرة من أرب العقدة: أحكم عقدها، وبالضم العقدة.

«**والعنين**» العنين، بكسر العين والنون المشددة: العاجز عن الوطء، وربما اشتهاه، ولا يمكنه، مشتق من عن الشيء: إذا اعترض. قال الجوهري: رجل عنين. لا يشتهي النساء، بين العنة، وامرأة عنينة: لا تشتهي الرجال. فعيل بمعنى: مفعول، كجريح[3]. وقال صاحب «المطالع»: وقيل: هو الذي له ذكر لا ينتشر. وقيل: هو الذي له مثل الزر، وهو الحصور، والله أعلم. وقيل: هو الذي لا ماء له، والله أعلم.

والعنة، بالضم: العجز عن الجماع، وبالفتح: المرة من : عن الرجل: إذا صار عنيناً، أو مجبوباً، وبالكسر: الهيئة من ذلك، ومن غيره.

---

(١) قوله: «وللعبد إلخ» أى إلى الوجه والكفين، هذا أحد القولين، والصحيح من المذهب أن للعبد النظر من مولاته ما ينظر الرجل من ذوات محارمه على ما تقدم خلافا ومذهبا لقوله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُكُمْ﴾ ولما روى أنس رضى الله عنه أن النبي ﷺ أتى فاطمة بعبد وهبه لها قال وعلى فاطمة ثوب إذا قنعت به رأسها لم يبلغ رجليها وإذا غطت رجليها لم يبلغ رأسها فقال لها النبي ﷺ «إنه ليس عليك بأس، إنما هو أبوك وغلامك» رواه أبو داود. المبدع(٦/٨٦).

[فائدة] قال في الفروع وظاهر كلامهم لا ينظر عبد مشترك. المبدع(٦/٨٦).

على قوله: «النظر إلى ذلك» يعني إلى الوجه والكفين والصحيح من المذهب أن حكمهم حكم العبد مع سيدته، وظاهر كلام المصنف وكثير من الأصحاب أن الخصي والمجبوب لا يجوز لهما النظر إلى الأجنبية وهو صحيح وهو المذهب، قال الأثرم استعظم الإمام أحمد دخول الخصيان على النساء. المبدع(٦/٨٦).

(٢) قوله: «وللشاهد إلخ» أى لتكون الشهادة واقعة على عينها قال أحمد رحمه الله تعالى لا يشهد على امرأة إلا أن يكون قد عرفها بعينها وكذلك من تعامل المرأة في بيع أو إجارة ليعرفها بعينها ويرجع عليها بالدرك، وإباحة النظر مقيد بالحاجة. المبدع(٦/٨٦)، الشرح الكبير(٤ /١٥٨).

(٣) انظر/ لسان العرب (٤/٣١٤٠) [عنن].

نظره[١] وللصبي المميز غير ذى الشهوة النظرة إلى ما فوق السرة وتحت الركبة[٢] فإن كان ذا شهوة فهو كذى المحرم[٣] وعنه أنه كالأجنبي، وللمرأة مع المرأة والرجل مع الرجل النظر إلى ما عدا ما بين السرة والركبة[٤] وعنه أن الكافرة مع المسلمة كالأجنبي، ويباح للمرأة النظر من الرجل إلى غير العورة[٥] وعنه لا يباح، ويجوز النظر إلى الغلام لغير شهوة. ولا يجوز النظر إلى أحد ممن ذكرنا لشهوة. ولكل واحد من الزوجين النظر إلى جميع بدن الآخر ولمسه، وكذلك السيد[٦].

---

(١) قوله: ((وللطبيب إلخ)) وكذا لمسه حتى داخل الفرج لأنه عليه الصلاة والسلام لما حكم في بني قريظة فكان يكشف عن مؤتزرهم، ولأنه موضع حاجة، وظاهره ولو كان ذمياً، وفي الفروع: يجوز أن يستطب ذميا إذا لم يجد غيره. المبدع(٦/٨٧).
[فائدة] من ابتلى بخدمة مريض أو مريضة في وضوء أو استنجاء أو غيرهما فحكمه حكم التطبيب في النظر واللمس نص عليه، وكذا لو حلق عانة من لا يحسن حلق عانته نص عليه. المبدع(٦/٨٧).

(٢) قوله: ((وللصبي المميز إلخ)) هذا المذهب لأنه لا شهوة له أشبه الطفل، ولأن المحرم للرؤية في حق البالغ كونه محلا للشهوة وهو معدوم هنا. وقال في الشرح الطفل غير المميز لا يجب الاستتار منه في شيء. المبدع(٦/٨٧).

(٣) قوله: ((فإن كان إلخ)) هذا المذهب لأن الله تعالى فرق بين البالغ وغيره بقوله: ﴿وَإِذَا بَلَغَ ٱلْأَطْفَـٰلُ مِنكُمُ ٱلْحُلُمَ فَلْيَسْتَـْٔذِنُواْ﴾ ولو لم يكن له النظر لما كان بينهما فرق، وعنه كالبالغ لأنه في معنى البالغ في الشهوة. المبدع(٦/٨٧).
[فائدتان] حكم بنت تسع حكم المميزة ذى الشهوة على الصحيح من المذهب الإنصاف(٨/٢٣).
(الثانية) لا يحرم النظر إلى عورة الطفل والطفلة قبل السبع ولا لمسها نص عليه. الإنصاف(٨/٢٣).

(٤) قوله: ((وللمرأة إلخ)) الصحيح من المذهب أنها لا تنظر منها إلا إلى غير العورة سواء كانت مسلمة أو كافرة لأن النساء الكوافر كن يدخلن على نساء النبي ﷺ فلم يكن يحتجبن ولا أمرن بحجاب. المبدع(٦/٨٧).
على قوله: ((كالأجنبي)) لقوله تعالى: ﴿أَوْ نِسَآئِهِنَّ﴾ ينصرف إلى المسلمات. انظر/ المبدع(٦/٨٨).

(٥) قوله: ((ويباح للمرأة إلخ)) هذا المذهب لقول النبي ﷺ لفاطمة ((اعتدى في بيت ابن أم مكتوم)) ولحديث عائشة رضى الله عنها أنها ((كانت تنظر إلى الحبشة وهم يلعبون بحرابهم في المسجد والنبي ﷺ يسترها بردائه)) متفق عليهما. ولأنه لو منعن النظر لوجب على الرجال الحجاب لئلا ينظرن إليهم. المبدع(٦/٨٨).
على قوله: ((لشهوة)) ومعنى الشهوة التلذذ بنظره وهذا بلا نزاع، قال الشيخ تقي الدين ومن استحله كفر إجماعاً. المبدع(٦/٨٩).

(٦) قوله: ((وكذلك السيد)) مع أمته أى حكم السيد مع أمته المباحة له حكم الرجل مع=

فصل

ولا يجوز التصريح بخطبة المعتدة [1] ولا التعريض بخطبة الرجعية[2] ويجوز في عدة الوفاة والبائن بطلاق ثلاث[3] وهل يجوز في عدة البائن بغير الثلاث على وجهين[4] ، والتعريض نحو قوله إني في مثلك لراغب و لا تفوتيني بنفسك

«**إلى الغلام**» قال صاحب «المطالع»: يقال للصبي، من حين يولد إلى حين يبلغ: غلام، وتصغيره: غليم، وجمعه: غلمان، يقال أيضاً للرجل المستحكم القوة: غلام. قال في «الكافي»: يكره النظر إليه مع عدم الشهوة.

«**مع أمته**» المراد: أمته المباح وطؤها، لتخرج المزوجة، والمجوسية، والوثنية، وهو

= زوجته في النظر واللمس خلافاً ومذهباً. المبدع (٦/٩٠).

[تنبيه] قول المصنف مع أمته فيه نظر لأنه يدخل في عمومه أمته المزوجة والمجوسية والوثنية ونحوهن، وليس له النظر إلى واحدة منهن ولمسها لما يذكر في موضعه، والصحيح من المذهب أن أمته المزوجة له النظر منها إلى غير العورة . الإنصاف(٨/٣٢-٣٣).

(١) قوله: «ولا يجوز التصريح إلخ» التصريح ما لا يحتمل إلا النكاح وهو محرم بإجماع وسنده قوله تعالى: ﴿ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِۦ مِنْ خِطْبَةِ ٱلنِّسَآءِ ﴾ ولأنه لا يؤمن أن يحملها للحرص على النكاح الإخبار بانقضاء عدتها قبل انقضائها والتعريض بخلافه. المبدع(٦/٩٠).

(٢) قوله: «ولا التعريض إلخ» أى لا يجوز لأنها في حكم الزوجات. المبدع(٦/٩٠).

(٣) قوله: «ويجوز في عدة إلخ» أى يجوز التعريض هذا بلا نزاع لتحريمها على زوجها كالفسخ بالرضاع أو اللعان للآية الكريمة ولحديث فاطمة بنت قيس، فأما البائن بغير الثلاث كالمختلعة والبائن بفسخ لعيب أو إعسار ونحوه فلزوجها التصريح بخطبتها والتعريض لأنه مباح له نكاحها في عدتها. انظر/ المبدع (٦/٩٠).

(٤) قوله: «وهل يجوز إلخ» وهما روايتان إحداهما يجوز لعموم الآية وكالمطلقة ثلاثا وهذا المذهب والبائن بغير الطلاق والثلاث كالمختلعة والمطلقة على عوض وكذا البائن بفسخ لعنة أو عيب ورضاع ونحوه لقوله تعالى: ﴿ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِۦ مِنْ خِطْبَةِ ٱلنِّسَآءِ ﴾. المبدع(٦/٩١).

[فائدة] المرأة في الجواب للخاطب كهو فيما يحل ويحرم فيجوز للبائن التعريض في الإجابة ويحل التصريح .

خبر من قوله: مع سريته، لشموله المباح غير السرية.

«**ولا التعريض**» هو خلاف التصريح من القول، ومنه قوله: «إن في المعاريض لمندوحة عن الكذب» أي: سعة، وفسحة عن تعمد الكذب.

وتجيبه ما يرغب عنك وإن قضي شيء كان ونحوهما، ولا يحل للرجل أن يخطب على خطبة أخيه إن أجيب[1] وإن رد حل[2] وإن لم يعلم الحال فعلى وجهين[3]. والتعويل في الرد والإجابة إن لم تكن مجبرة عليها[4] وإن كانت مجبرة فعلى الولي، ويستحب عقد النكاح مساء يوم الجمعة [5]وأن يخطب قبل العقد بخطبة ابن مسعود ﷺ[6] وأن يقال للمتزوج بارك الله لكما

---

(١) قوله: «ولا يجوز للرجل إلخ» هذا المذهب لما روى ابن عمر رضى الله عنهما أن النبي ﷺ قال «لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه» متفق عليه ولأن فيه إيقاع العداوة بين الناس وقال أبو حفص العكبرى هى مكروهة كأنه ذهب إلى قول أحمد في رواية صالح أكرهه، ورد بأن ظاهر النهي التحريم فعلى المذهب، إن ارتكب النهي صح العقد كالخطبة في العدة، وعنه لا يصح اختاره أبو بكر كالبيع. المبدع (٦/٩١).

(٢) قوله: «وإن رد حل» لما روت فاطمة بنت قيس «أنها أتت النبي ﷺ فذكرت له أن معاوية وأبا جهم خطباها فقال النبي ﷺ: أما معاوية فصعلوك لا مال له وأما أبو جهم فلا يضع العصا عن عاتقه أنكحى أسامة بن زيد» متفق عليه. المبدع(٦/٩٢).

(٣) قوله: «وإن لم يعلم إلخ» أى لا يعلم هل أجيب أم لا. أحدهما وهو الصحيح من المذهب يجوز لأن الأصل عدم الإجابة، والثاني لا يجوز لعموم النهي. المبدع(٦/٩٢).

[فائدة] قال الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى ولو خطبت المرأة أو وليها الرجل ابتداء فأجابها فينبغي أن لا يحل لرجل آخر خطبتها إلا أنه أضعف من أن يكون هو الخاطب، ونظير الأولى أن تخطبه امرأة أو وليها بعد أن يخطب هو امرأة وهذا بمنزلة البائع على بيع أخيه قبل انعقاد العقد وذلك كله ينبغي أن يكون حراما. الإنصاف(٨/ ٣٦).

(٤) قوله: «والتعويل إلخ» هذا المذهب لأنها أحق بنفسها من وليها ولو أجاب الولي ورغبت هى عن النكاح كان الأمر أمرها وإن كانت مجبرة فعلى الولي لأنه يملك تزويجها بغير اختيارها فكان المعتبر به لا بها. وفي المغنى إذا كرهت المجبرة المجاب واختارت غيره سقط حكم إجابته لأن اختيارها مقدم على اختيار وليها . انظر/ المبدع(٦/٩٢).

(٥) قوله: «ويستحب إلخ» لما روى أبو هريرة رضى الله عنه مرفوعا قال «أمسوا بالأملاك فإنه أعظم للبركة» رواه أبو حفص. المبدع(٦/٩٢).

(٦) قوله: «وأن يخطب إلخ» وهذا المذهب أيضاً وعليه الأصحاب والعمل عليه قديما=

وعليكما وجمع بينكما في خير وعافية. وإذا زفت إليه قال اللهم إني أسألك خيرها وخير ما جبلتها عليه وأعوذ بك من شرها وشر ما جبلتها عليه(1).

«**مجبرة**» هو اسم مفعول، من أجبره على الشيء: إذا أكرهه عليه، ويقال: جبره، فهو مجبور.

«**مساء يوم الجمعة**» مساءً: بالنصب، والتنوين، ويوم الجمعة: نصب على الظرف، ولو جر كان صحيحاً، لكن يخرج منه كل مساء غير مساء الجمعة، وهو مراد.

«**زفت**» أي: أهديت، يقال: زففت العروس إلى بيت زوجها زفاً وزفافاً، وأزففتها: أهديتها.

«**جبلتها عليه**» أي: خلقتها، وطبعتها، والله أعلم.

= وحديثا لما روى ابن مسعود رضى الله عنه قال: علمنا رسول الله ﷺ التشهد في الحاجة وهو «إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستهديه ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، ومن يهد الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له. وأشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمداً عبده ورسوله. ويقرأ ثلاث آيات: ﴿ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِۦ ﴾، ﴿ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ ٱلَّذِى تَسَآءَلُونَ بِهِۦ وَٱلۡأَرۡحَامَ ﴾، ﴿ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَقُولُواْ قَوۡلاً سَدِيدًا ﴾ الآيات رواه أحمد وأبو داود والترمذي وحسنه. فإن أخرت عنه جاز قال في الإنصاف ينبغي أن يقال مع النسيان. المبدع(٦/٩٣).

[فائدة] ظاهر كلام المصنف أنه لا يزيد على خطبة ابن مسعود وهو المذهب، وقيل يستحب أن يضيف إليها ﴿ وَأَنكِحُواْ ٱلۡأَيَـٰمَىٰ ﴾ منكم الآية وقبلها إن الله أمر بالنكاح ونهى عن السفاح. انظر/ الإنصاف(٨/٣٨).

وليست الخطبة واجبة عند أحد من أهل العلم فيما علمنا إلا داود فإنه أوجبها لما ذكرنا. ولنا أن رجلاً قال للنبي ﷺ زوجنيها فقال ﷺ زوجتكها بما معك من القرآن متفق عليه. ولم يذكر خطبة، وخطب إلى ابن عمر رضى الله عنهما مولاة فما زاد على أن قال أنكحتك على ما أمر الله تعالى إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان. وقال جعفر بن محمد عن أبيه إن كان الحسين ليزوج بعض بنات الحسن وهو يتعرق العرق رواهما ابن المنذر. وروى أبو داود عن رجل من بنى سليم قال خطبت إلى رسول الله ﷺ أمامة بنت عبد المطلب فأنكحنى من غير أن يتشهد. انظر/ الشرح الكبير(٤ /١٦٦).

(١) قوله: «وإذا زفت إليه إلخ» هذا الحديث رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه ولفظه له عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعا ولفظه قال «إذا أفاد أحدكم امرأة أو خادماً أو دابة فليأخذ بناصيتها وليقل إلخ» المبدع(٦/٩٣).

باب أركان النكاح وشروطه

وأركانه الإيجاب والقبول[(١)]. ولا ينعقد الإيجاب إلا بلفظ النكاح والتزويج[(٢)] بالعربية لمن يحسنهما [(٣)] أو بمعناهما الخاص بكل لسان لمن لا يحسنهما. فإن قدر

---

(١) قوله: ((فأركانه إلخ)) أى لأن ماهية النكاح مركبة منهما ومتوقفة عليها. المبدع(٦/٩٤).

(٢) قوله: ((ولا ينعقد إلخ)) ومن ألفاظ القبول تزوجتها. اعلم أن الصحيح من المذهب أن النكاح لا ينعقد إلا بالإيجاب والقبول بهذه الألفاظ لا غير وعليه جماهير الأصحاب لورودهما في نص القرآن في قوله: ﴿ زَوَّجْنَـٰكَهَا ﴾ ﴿ وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم ﴾، ولا تنعقد بغيرهم إذ العادل عنهما مع معرفته لهما عادل عن اللفظ الذي ورد القرآن بهما مع القدرة، وبما ذكرنا قال عطاء وسعيد بن المسيب والزهرى وربيعة والشافعي، وقال الثورى والحسن بن صالح وأبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور وأبو عبيد: تنعقد بلفظ الهبة والصدقة والبيع والتمليك، وفي لفظ الإجارة عن أبي حنيفة روايتان. وقال مالك: تنعقد بذلك إذا ذكر المهر. واحتجوا بأن النبي ﷺ زوج رجلا امرأة فقال ملكتكها بما معك من القرآن رواه البخارى. وأجيب بأن الخبر قد روي من غير وجه وورد فيه زوجتكما وزوجناكها أنكحتكها من طرق صحيحة والقصة واحدة، والظاهر أن الراوى روى بالمعنى ظنا منه أن معناهما واحد فلا يكون حجة، وقال الشيخ تقي الدين : ينعقد بما عده الناس نكاحا بأى لغة وفعل ولفظ كان وقال مثله كل عقد وقال الشرط بين الناس ما عدوه شرطا فالأسماء تعرف حدودها تارة بالشرع وتارى باللغة وتارة بالعرف وكذلك العقود انتهى. الشرح الكبير(٤ /١٦٧-١٦٨)،المبدع(٦/٩٤).

قال في الإنصاف قال ابن خطيب السلامية في نكته على المحرر من خطه نقلت: الذي عليه أكثر العلماء أن النكاح ينعقد بغير لفظ الإنكاح والتزويج قال وهو المنصوص عن أحمد وقياس مذهبه وعليه قدماء أصحابه فإن أحمد نص في غير موضع على أنه ينعقد بقوله جعلت عتقك صداقك وليس في هذا لفظ إنكاح ولا تزويج ولم ينقل أحد عن أحمد أنه خصه بهذين اللفظين. وأول من قال من أصحاب أحمد فيما علمت أنه يختص بلفظ الإنكاح والتزويج ابن حامد وتبعه على ذلك القاضي ومن جاء بعده لسبب انتشار كتبه وكثرة أصحابه وأتباعه وقال في الفائق قال شيخنا قياس المذهب صحته بما تعارفاه نكاحا من هبة وتمليك ونحوهما أخذا من قول أحمد أعتقتك وجعلت عتقك صداقك قال في الفائق وهو المختار وسئل الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى عن رجل لم يقدر أن يقول إلا قبلت تجويزها بتقديم الجيم فأجاب بالصحة بدليل قوله جوزتي طالق فإنها تطلق. قال في الإنصاف يكتفي منه بقوله قبلت ويكون هو المذهب. انظر/ الإنصاف(٨/٤٣-٤٤).

(٣) قوله: ((بالعربية لمن يحسنهما)) الصحيح من المذهب أنه لا ينعقد إلا بالعربية لمن=

على تعلمها بالعربية لم يلزمه في أحد الوجهين[1]. والقبول أن يقول قبلت هذا النكاح أو ما يقوم مقامه في حق من لا يحسن، فإن اقتصر على قول قبلت أو قال الخاطب للولى أزوجت قال نعم وللمتزوج أقبلت قال نعم صح[2] ذكره الخرقي. ويحتمل أن لا يصح. وإن تقدم القبول الإيجاب لم يصح[3] وإن تراخى عنه صح ما داما في المجلس ولم يتشاغلا بما يقطعه[4] فإن تفرقا قبله بطل الإيجاب وعنه لا يبطل[5].

= يحسنهما وهذا أحد أقوال الشافعي، وعند أبي حنيفة ينعقد لأنه أتى بلفظه الخاص فانعقد به كما ينعقد بالعربية واختار المصنف انعقاده بغيرها واختاره الشارح أيضاً قال وما قاله أبو حنيفة أقيس قياساً على سائر العقود وما ذكروه من تعذر الشهادة على غير العربية ملغي بما إذا لم يحسن العربية واختاره أيضاً الشيخ تقي الدين وصاحب الفائق وغيرهم وجزم به في التبصرة. الشرح الكبير(٤ /١٦٨)، المبدع(٦/ ٩٤).

(١) قوله: «فإن قدر إلخ» يعني إذا قلنا لا تنعقد إلا بالعربية لمن يحسنها. أحدهما لا يلزمه تعلمها وتنعقد بلسانه بمعناها الخاص وهو المذهب، لأن النكاح عقد معاوضة فصح بغير العربية كعاجز. المبدع(٦/٩٤-٩٥).

(٢) قوله: «فإن اقتصر إلخ» ما ذكره الخرقي هو المنصوص وهو المذهب ونصره الأصحاب أما الأولى فلأنه صريح في الجواب فصح النكاح كالبيع وأما في الثانية فلأن المعنى نعم زوجت نعم قبلت هذا التزويج، وقال الشافعي لا ينعقد حتى يقول معه زوجتك ابنتي ويقول الزوج قبلت هذا التزويج. الشرح الكبير(٤ /١٦٨-١٦٩).

(٣) قوله: «فإن تقدم إلخ» هذا المذهب نص عليه. وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي يصح فيهما جميعا لأنه قد وجد الإيجاب والقبول فصح كما لو تقدم الإيجاب. ولنا أن القبول إنما يكون للإيجاب فمتى وجد قبله لم يكن قبولا لعدم معناه فلم يصح كما لو تقدم بلفظ الاستفهام. انظر/ الشرح الكبير (٤/١٦٩).

(٤) قوله: «ولم يتشاغلا إلخ» يعني في العرف.

(٥) قوله: «فإن تفرقا إلخ» هذا المذهب وعليه الأصحاب لأنه لا يوجد معناه فإن الإعراض قد وجد من جهته بالتفرق فلا يكون قبولا، وعنه لا يبطل، وعنه لا يبطل مع غيبة الزوج قال الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى أخذت هذه الرواية من قوله في رواية أبي طالب في رجل مشى إليه قوم فقالوا زوج فلانا فقال زوجته على ألف فرجعوا إلى الزوج فأخبروه فقال قد قبلت هل يكون هذا نكاحاً قال نعم فأشكل هذا النص على الأصحاب فقال القاضي هذا حكم بصحته بعد التفرق قال وهذا محمول على أنه قد=

باب أركان النكاح وشروطه

«**قال الخاطب**» هو: اسم فاعل من خطب، بمعنى: طلب، وبمعنى: قرأ الخطبة، ويحتمل هنا الأمرين، ولا يختص هذا الخاطب.

وذكر صاحب «المحرر» فيه: أن قول الخرقي فيهما منصوص الإمام أحمد رحمه الله تعالى.

= كان وكل من قبل العقد عنه ثم أخبر بذلك فأمضاه ورده ابن عقيل وقال رواية أبي طالب تعطي أن النكاح الموقوف صحيح قال الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى قد أحسن ابن عقيل. الإنصاف(٨/٤٨-٤٩).

[فوائد]: (الأولى) إذا عقد النكاح هازلا أو تلجئة صح ولزم وهذا المذهب لقوله ﷺ «ثلاث هزلهن جد وجدهن جد الطلاق والنكاح والرجعة» رواه الترمذي وعن الحسن قال قال رسول الله ﷺ «من نكح لاعبا أو طلق لاعبا أو أعتق لاعبا جاز» قال عمر رضى الله عنه أربع جائزات إذا تكلم بهن الطلاق والعتاق والنكاح والنذر. الشرح الكبير(٤/١٦٩-١٧٠).

(الثانية) ينعقد نكاح الأخرس: بإشارة مفهومة نص عليه وكذا بكتابة، ذكره الأصحاب.

(الثالثة) لا يثبت الخيار في النكاح، وسواء في ذلك خيار المجلس وخيار الشرط بغير خلاف نعلمه. الشرح الكبير(٤/١٧٠).

فصل

وشروطه خمسة: أحدها تعيين الزوجين[1] فلو قال زوجتك ابنتي وله بنات لم يصح حتى يشير إليها أو يسميها أو يصفها بما تتميز به[2] وإن لم يكن له إلا ابنة واحدة صح، ولو قال إن وضعت زوجتي ابنة فقد زوجتكها لم يصح[3].

---

(١) قوله: ((أحدها تعيين الزوجين)) أي لأن كل عاقد ومعقود عليه يجب تعينهما كالمشترى، فعلى هذا لو خطب امرأة فأوجب له النكاح في غيرها فقبل يظنها مخطوبته لم يصح وهذا الصحيح نص عليه. انظر/ المبدع(٦/٩٦).

(٢) قوله: ((فإن قال زوجتك)) إذا كانت المعقود عليها غائبة فقال زوجتك ابنتي وليس له سواها جاز فإن سماها كان تأكيدا، فإن كان له أكثر من بنت واحدة فقال زوجتك ابنتي لم يصح حتى يضم إلى ذلك ما تتميز به من اسم أو صفة فيقول زوجتك ابنتي الكبرى أو الوسطى أو الصغرى فإن سماها مع ذلك كان تأكيدا، فإن كانت له ابنتان كبرى اسمها عائشة وصغرى اسمها فاطمة فقال زوجتك ابنتي عائشة وقبل الزوج ذلك وهما ينويان الصغرى لم يصح ذكره أبو حفص، وقال القاضي يصح في التي نوياها، وهذا غير صحيح لوجهين أحدهما أنهما لم يتلفظا بما يصح العقد بالشهادة عليه الثاني أنه لا يصح النكاح حتى يذكر المرأة بما تتميز به ولم يوجد ذلك فإن اسم أختها لا يميزها بل يصرفه عنها. المبدع(٦/٩٧).

[فائدة] إذا كان الولي يريد الكبرى والزوج يريد الصغرى لم يصح كما إذا خطب امرأة وزوج غيرها لأن القبول انصرف إلى من وجد الإيجاب منه ويحتمل أن يصح إذا لم يتقدم ذلك ما يصرف القبول إلى الصغرى من خطبة ونحوها فعلى الأولى لا يصح التزويج لعدم النية منهما في التي تناولها لفظهما وعلى الاحتمال يصح في المعينة في اللفظ. انظر/ المبدع(٦/٩٧).

(٣) قوله: ((وإن قال إن وضعت إلخ)) هذا الصحيح لأنه تعليق للنكاح على شرط والنكاح لا يتعلق على شرط وكذا لو قال زوجتك حمل هذه المرأة لم يصح لأنها لم يثبت لها حكم البنات قبل الظهور في غير الإرث والوصية. المبدع(٦/٩٧).

[فائدة] إذا خطب امرأة فزوج بغيرها مثل أن يخطب رجل امرأة بعينها فيجاب إلى ذلك ثم يوجب له النكاح في غيرها وهو يعتقد أنها التي خطبها فيقبل فلا ينعقد النكاح لأن القبول انصرف إلى غير من وجد الإيجاب فيه فلو علم الحال بعد ذلك فرضي لم يصح ولا ينقلب النكاح صحيحا فإن أصابها وهي جاهلة بالحال أي بأنها سميت بعد أن خطب غيرها أو جاهلة بالتحريم فلها مهر المثل لأنه وطء شبهة ويرجع به الواطئ على وليها قال الإمام أحمد رحمه الله تعالى لأنه غره، وتجهز إليه استحباباً التي خطبها بالصداق الأول يعني عقد جديد بعد انقضاء عدة التي أصابها إن كانت ممن يحرم الجمع بينهما كأخت أو عمة أو خالة ونحوه، وإن ولدت المصابة لحقه الولد وإن=

فصل

الثاني رضا الزوجين[1]، فإن لم يرضيا أو أحدهما لم يصح إلا الأب[2] له تزويج

= علمت أنها ليست زوجة وأنها محرمة عليه وأمكنته من نفسها فهي زانية لا صداق لها وعليها الحد لانتفاء الشبهة وهذا المذهب في ذلك . انظر/ الشرح الكبير (٤/١٧١-١٧٢).

(١) قوله: «والثاني رضا الزوجين» أو من يقوم مقامهما شرط في صحة العقد لأن العقد لهما فاعتبر تراضيهما كالبيع. المبدع(٦/٩٧-٩٨).

(٢) قوله: «إلا الأب» علم أن في تزويج الأب أولاده عشر مسائل (إحداها) أولاده الذكور العقلاء الذين هم دون البلوغ والكبار المجانين فله تزويجهم سواء أذنوا أو لا رضوا أم لا بمهر المثل أو بزيادة على الصحيح من المذهب قال في الشرح أما الغلام العاقل فلا نعلم بين أهل العلم خلافا في أن لأبيه تزويجه كذلك قال ابن المنذر وهو قول الحسن والزهري وقتادة ومالك والثورى والأوزاعي وإسحاق والشافعي وأصحاب الرأي لما روي أن ابن عمر رضى الله عنهما زوج ابنه وهو صغير فاختصموا إلى زيد فأجازاه جميعا رواه الأثرم. انظر/ الشرح الكبير(٤/١٧٢).

وذكر القاضي في إجبار مراهق عاقل نظرا قال في الإنصاف الصواب عدم إجباره، وأما المعتوه إذا كان يخنق في بعض الأحيان لم يجز تزويجه إلا بإذنه على الصحيح، وليس للابن الصغير إذا زوجه أبوه خيار إذا بلغ على الصحيح من المذهب وللأب قبول النكاح للمجنون والصغير وله أن يفوضه إلى الصغير قال في الفروع إن صح بيعه وطلاقه قال في المغني والشرح: فإن كان الغلام ابن عشر وهو مميز فقياس المذهب جواز تفويض القبول إليه. الإنصاف(٨/٥٠-٥١).

(الثانية) أولاده الذكور البالغون العاقلون ليس له تزويجهم بغير إذنهم بلا نزاع. الإنصاف (٨/٥١-٥٢).

(الثالثة) ابنته البكر التي لها دون تسع سنين فله تزويجها بغير إذنها ورضاها بلا نزاع وحكاه ابن المنذر إجماعا إذا زوجها من كفء وقالت عائشة رضى الله عنها «تزوجني النبي ﷺ وأنا ابنة ست وبنى بي وأنا ابنة تسع» متفق عليه ومعلوم أنها لم تكن في تلك الحال ممن يعتبر إذنها. الإنصاف(٨/٥٢).

(الرابعة) البكر التي لها تسع سنين فأزيد إلى ما قبل البلوغ له تزويجها بغير إذنها على الصحيح من المذهب وعليه جماهير الأصحاب، وعنه لا يجوز تزويج ابنة تسع سنين إلا بإذنها قال الشريف أبو جعفر وهو المنصوص عن أحمد قال الزركشي وهي أظهر.

واختار أبو بكر والشيخ تقي الدين عدم إجبار بنت تسع سنين بكرا كانت أو ثيباً قال في رواية عبد الله إذا بلغت الجارية تسع سنين فلا يزوجها أبوها ولا غيره إلا بإذنها. الإنصاف(٨/٥٢).

(الخامسة) البكر البالغة وفيها روايتان إحداهما له إجبارها وهو الصحيح من المذهب وهو مذهب مالك وابن أبي ليلى والشافعي وإسحاق، والثانية ليس له ذلك اختارها=

أولاده الصغار والمجانين وبناته الأبكار بغير إذنهم، وعنه لا يجوز تزويج ابنة تسع سنين إلا بإذنها. وهل له تزويج الثيب الصغيرة؟ على وجهين. والسيد له تزويج إمائه الأبكار والثيب[1] وعبيده الصغار بغير إذنهم[2]. ولا يملك إجبار عبده

= أبو بكر والشيخ تقي الدين قال في الفائق وهو الأصح قال الزركشي وهي أظهر وقدمه ابن رزين في شرحه وهو مذهب الأوزاعي والثورى وأبي عبيد وأبي ثور وأصحاب الرأي وابن المنذر لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال قال رسول الله ﷺ «لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن. فقالوا يا رسول الله كيف إذنها قال أن تسكت» متفق عليه وروى أبو داود وابن ماجه عن ابن عباس أن جارية بكرا أتت النبي ﷺ فذكرت أن أباها زوجها وهى كارهة فخيرها النبي ﷺ. ووجه الأولى ما روى ابن عباس رضى الله عنهما أن النبي ﷺ قال «الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر وإذنها صماتها» رواه أبو داود فلما قسم النساء قسمين وأثبت الحق لإحداهما دل على نفيه عن الآخر وهو البكر فيكون وليها أحق منها بها، ودل الحديث على أن الاستئمار ههنا والاستئذان في حديثهم مستحب غير واجب . انظر/ الإنصاف(٨/٥٢).

(السادسة) البكر المجنونة له إجبارها مطلقا على الصحيح من المذهب. الإنصاف(٨/٥٣).

(السابعة) الثيب المجنونة الكبيرة له إجبارها على الصحيح من المذهب. الإنصاف(٨/٥٤).

(الثامنة) الثيب العاقلة التي لها تسع سنين فأكثر ولم تبلغ له إجبارها على الصحيح من المذهب وقيل لا يجوز وهو ظاهر الخرقي واختيار ابن حامد وابن بطة والقاضي ومذهب الشافعي لعموم الأخبار. الإنصاف(٨/٥٤).

(التاسعة) الثيب العاقلة التي لها دون تسع سنين له إجبارها على الصحيح من المذهب. الإنصاف(٨/٥٥).

(العاشرة) الثيب البالغة العاقلة ليس له إجبارها بلا نزاع، وهو قول عامة أهل العلم إلا الحسن لما روى البخاري وغيره أن الخنساء ابنة حذام الأنصارية روت أن أباها زوجها وهى ثيب فكرهت ذلك فأتت رسول الله ﷺ فرد نكاحه، قال ابن عبد البر هذا الحديث مجمع على صحته والقول به، ولا نعلم مخالفا له إلا الحسن. انظر/ الإنصاف(٨/٥٥).

(١) قوله: «والسيد إلخ» لا نعلم خلافا في أن السيد إذا زوج أمته بغير إذنها أنه يصح ثيبا كانت أو بكرا صغيرة أو كبيرة، ولذلك ملك الاستمتاع بها، وبهذا فارقت العبد والمدبرة والمعلق عتقها بصفة وأم الولد كالأمة، وقال مالك آخر أمره ليس له تزويج أم ولده بغير إذنها وكرهه ربيعة. المبدع(٦/١٠٠)، الشرح الكبير(٤/١٧٦).

[فائدة] مراد المصنف وغيره ممن أطلق هنا غير المكاتبة فإنه ليس له إجبارها على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب، وفي مختصر ابن رزين له إجبارها. الإنصاف(٨/٥٧).

[فائدة] لو كان نصف الأمة حرا ونصفها رقيق لم يملك مالك الرق إجبارها على الصحيح من المذهب. الإنصاف(٨/٥٧).

(٢) قوله: «وعبيده الصغار يعني له تزويجهم بغير إذنهم وهو المذهب نص عليه وهو قول أكثر أهل العلم. المبدع(٦/١٠٠)، الشرح الكبير(٤/١٧٦).

الكبير[1] ويحتمل مثل ذلك في الصغير أيضاً. ولا يجوز لسائر الأولياء تزويج كبيرة إلا بإذنها[2] إلا المجنونة لهم تزويجها إذا ظهر منها الميل إلى الرجال وليس لهم تزويج صغيرة بحال[3]، وعنه لهم ذلك ولها الخيار إذا بلغت، وعنه لهم تزويج ابنة تسع سنين بإذنها[4] وإذن الثيب الكلام وإذن البكر الصمات. ولا فرق بين الثيوبة بوطء مباح أو محرم، فأما زوال البكارة بأصبع أو وثبة فلا يغير صفة الإذن.

---

(١) قوله: «ولا يملك إلخ» يعني العاقل وهذا الصحيح من المذهب وبه قال الشافعي في أحد قوليه وقال مالك وأبو حنيفة له ذلك لقوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ﴾ إلخ، ولنا أنه مكلف يملك الطلاق فلا يجبر على النكاح كالحر. الشرح الكبير(١٧٦/٤).
[فائدة] المهر والنفقة على السيد سواء ضمنهما أو لا وسواء باشر العقد بنفسه أو أذن لعبده فعقده نص عليه. الشرح الكبير(١٧٧/٤).

(٢) قوله: «ولا يجوز لسائر إلخ» ليس لسائر الأولياء غير الأب تزويج كبيرة بغير إذنها جدا كان أو غيره وهذا المذهب وبه قال مالك وأبو عبيد والثورى وابن أبي ليلى وهو قول الشافعي إلا في الجد فإنه جعله كالأب لأن ولايته ولاية إيلاد، ولنا ما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ قال «لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن» الحديث متفق عليه، ولأن الجد قاصر عن الأب فلم يملك الإجبار كالعم. انظر/ الشرح الكبير(١٧٨/٤).

(٣) قوله: «وليس لهم إلخ» هذا إحدى الروايات. لما روى أن قدامة بن مظعون زوج ابنة أخيه من عبد الله بن عمر فرفع ذلك إلى النبي ﷺ فقال «إنها يتيمة ولا تنكح إلا بإذنها» والصغيرة لا إذن لها، وعنه لهم ذلك ولها الخيار إذا بلغت وهو قول الحسن وعمر بن عبد العزيز وعطاء وطاوس وقتادة وابن شبرمة والأوزاعي وأبي حنيفة، وقال هؤلاء غير أبي حنيفة إذا زوج الصغيرين غير الأب فلهما الخيار إذا بلغا لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا۟ فِى ٱلْيَتَـٰمَىٰ﴾ الآية مفهومة أنه إذا لم يخف فله تزويج اليتيمة واليتيمة التى لم تبلغ لقوله ﷺ «لا يتم بعد احتلام» قال عروة سألت عائشة عن قول الله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا۟ فِى ٱلْيَتَـٰمَىٰ﴾ قالت يا ابن أختي هذه اليتيمة تكون في حجر وليها يعجبه مالها وجمالها يريد أن يتزوجها بغير أن يقسط في صداقها فيعطيها مثل ما يعطيها غيره، فنهوا عن نكاحها إلا أن يقسطوا فيهن ويبلغوا أعلى سنتهن في الصداق. متفق عليه. الشرح الكبير(١٧٩/٤).

(٤) قوله: «وعنه إلخ» اعلم أن هذه الرواية مفرعة على أن ابنة تسع هل لها إذن معتبر أو لا والصحيح من المذهب المنصوص أن لها إذنا معتبرا فتكون هذه الرواية هى المذهب وهو كذلك لقول رسول الله ﷺ «تستأمر اليتيمة في نفسها فإن سكتت فهو إذنها وإن أبت فلا جواز عليها» رواه أبو داود. المبدع(١٠٢/٦).
على قوله: «بوطء مباح أو محرم» وهذا مذهب الشافعي وقال مالك وأبو حنيفة في المصابة بالفجور وحكمها حكم البكر في إذنها وتزويجها. انظر/ المبدع(١٠٢/٦).

فصل

الثالث الولي، فلا نكاح إلا بولي[1] فإن زوجته المرأة نفسها أو غيرها لم يصح وعنه لها تزويج أمتها ومعتقتها[2]

«إذن البكر الصمات» أي: السكوت. يقال: صمت يصمت صمتاً وصموتاً وصماتاً، وأصمت، أي: سكت.

(١) قوله: «فلا نكاح إلا بولي» هذا المذهب وبه قال عمر وعلي وابن عباس وابن عمر وابن مسعود وأبو هريرة وعائشة والحسن البصري وابن المسيب وابن شبرمة وابن أبي ليلى والعترة والشافعي وإسحاق وجمهور أهل العلم قال ابن المنذر لا يعرف عن أحد من الصحابة خلاف ذلك لما روى أبو موسى الأشعري أن النبي ﷺ قال: «لا نكاح إلا بولي» رواه الخمسة وصححه ابن المديني وهو لنفي الحقيقة الشرعية بدليل ما روى سليمان بن موسى عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت قال رسول الله ﷺ «امرأة أنكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من قربها فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له» رواه أحمد وأبو داود والترمذي وصححه وعنه ليس الولي بشرط مطلقا وخصها المصنف وجماعة بالعذر كعدم الولي فالسلطان، وعنه لها أن تأمر رجلا يزوجها وعن أبي حنيفة أنه لا يعتبر الولي مطلقا وعن مالك يعتبر الولى في الرفيعة دون الوضيعة وأجيب عنه بأن الأدلة لم تفصل. الشرح الكبير (٤/١٨٣).

(٢) قوله: «وعنه لها إلخ» أى لأن الولاية لها عليها فوجب استصحابها، ولأن الولاء كالملك. المبدع(٦/١٠٤).

[فائدة] فعلى المذهب يزوج أمتها بإذنها من يزوجها على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب وعنه يزوجها أى رجل أذنت له، هذا إذا كانت رشيدة فأما المحررة فيزوج أمتها وليها في مالها خاصة قاله في المغني والشرح وغيرهما وقطعوا به، وعلى المذهب إذا زوجها وليها بإذنها فلابد من نطقها بالإذن ثيبا كانت أو بكرا وعلى المذهب لو زوجت بغير إذن وليها فهو نكاح الفضولي وفيه طريقان أحدهما فيه الخلاف الذي في تصرف الفضولي على ما تقدم في البيع، والصحيح من المذهب البطلان هناك فكذا هنا. والطريق الثاني القطع ببطلانه فعلى القول بفساد النكاح وهو المذهب لا يحل الوطء فيه وعليه فراقها فإن أبى فسخه الحاكم فإن وطئ فلا حد عليه على الصحيح من المذهب. انظر/ الإنصاف(٨/٦٥-٦٦).

[فائدة] لو حكم بصحته حاكم لم ينقض على الصحيح من المذهب قدمه في المغني والشرح وغيرهما. الإنصاف(٨/٦٦).

[تنبيه] ظاهر كلام المصنف في قوله وعنه لها تزويج معتقها أن المعتقة كالأمة وهو صحيح وهو المذهب واختاره الشيخ تقي الدين، وعنه لا تلي نكاح المعتقة فعلى الأولى إن طلبت وأذنت زوجتها فلو عضلت زوج وليها على الثانية يزوجها بدون إذنها أقرب عصبتها ثم السلطان. الإنصاف(٨/٦٦).

فيخرج منه صحة تزويج نفسها بإذن وليها[1] وتزويج غيرها بالوكالة والأول المذهب وأحق الناس بنكاح المرأة الحرة أبوها ثم أبوه وإن علا ثم ابنها ثم ابنه وإن نزل[2] ثم أخوها لأبويها ثم لأبيها[3]، وعنه تقديم الابن على الجد والتسوية بين الجد والأخ وبين الأخ للأبوين والأخ للأب ثم بنو الإخوة وإن سفلوا ثم العم ثم ابنه ثم الأقرب فالأقرب من العصبات على ترتيب الميراث ثم المولى المنعم[4]، ثم عصباته من بعده الأقرب فالأقرب ثم

«**أو وثبة**» أي: قفزة. يقال: وثب وثبا ووثوبا ووثبا: قفز، والمرة: الوثبة، وفي معنى زوالها بالأصبع والوثبة: زوالها بعود، أو شدة حيض، نص على ذلك في «المغني».

---

(١) على قوله: «بإذن وليها» وبه قال أبو ثور أخذا بمفهوم قوله «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها» وأجيب عنه بحديث أبي هريرة مرفوعا «لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها فإن الزانية هى التى تزوج نفسها» رواه ابن ماجه والدارقطني. المبدع(٦/ ١٠٤).

(٢) قوله: «وأحق الناس إلخ» هذا المذهب وبه قال الشافعي وهو المشهور عن أبي حنيفة، وقال مالك والعنبرى وأبو يوسف وإسحاق وابن أبي المنذر: الابن أولى لأنه أولى منه بالميراث وأقوى تعصيبا لأنه يسقط تعصيب جده، ولنا أن الولد موهوب لأبيه قال تعالى: ﴿ وَوَهَبْنَا لَهُۥ يَحْيَىٰ ﴾، وقال إبراهيم: ﴿ ٱلْحَمْدُ لِلَّهِ ٱلَّذِى وَهَبَ لِى عَلَى ٱلْكِبَرِ إِسْمَـٰعِيلَ وَإِسْحَـٰقَ ﴾ وقال ﷺ «أنت ومالك لأبيك» وعنه يقدم الابن وابنه على الجد. المبدع(٦/١٠٥).

(٣) قوله: «ثم أخوها إلخ» لا خلاف في تقديم الأخ بعد عمودي النسب. واختلفت الرواية عن أحمد في الأخ للأبوين والأخ للأب إذا اجتمعا فعنه أنهما سواء اختارها الخرقي وبه قال أبو ثور والشافعي في القديم وهو المذهب عند المتقدمين قال الزركشي وهو المذهب عند الجمهور لأنهما استويا في الإدلاء بالجهة التى تستفاد بها العصوبة وهى جهة الأب وإنما رجح في الميراث بجهة الأم ولا مدخل لها في العصوبة والثانية الأخ من الأبوين أولى، وهذا المذهب عند المتأخرين واختاره جماعة منهم المصنف والشارح وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي في الجديد لأنه حق يستفاد بالتعصيب فقدم فيه كالميراث. انظر/ الشرح الكبير(٤/١٨٥).

[فائدة] وكذا الحكم في أولاد الإخوة من الأبوين والأب والأعمام من الأبوين والأب وأولادهم وهلم جرا. الإنصاف(٨/٦٨).

(٤) قوله: «ثم المولى إلخ» يعني إذا لم يكن للمرأة عصبة من نسبها فوليها مولاها يزوجها ولا نعلم خلافا في أن العصبة أولى منه. المبدع(٦/١٠٧).

السلطان[1]، فأما الأمة فوليها سيدها[2] فإن كانت لامرأة فوليها ولي سيدها ولا يزوجها إلا بإذنها ويشترط في الولى الحرية[3] والذكورية واتفاق الدين والعقل، وهل يشترط بلوغه وعدالته؟ على روايتين[4]. فإن كان الأقرب طفلا أو كافرا

---

(١) قوله: «ثم السلطان» هذا المذهب لا نعلم خلافا بين أهل العلم في أن للسلطان ولاية تزويج المرأة عند عدم أوليائها أو عضلهم لقوله ﷺ «السلطان ولي من لا ولي له» رواه أبو داود، والسلطان هنا هو الإمام أو الحاكم أو من فوضا إليه. واختلفت الرواية في والى البلد فعنه يزوج لأنه ذو سلطان فيدخل في العموم وعنه لا يزوج. المبدع(٦/ ١٠٧).

[فائدة] قال الزركشي إن لم يكن للمرأة ولى فعنه وهو ظاهر كلام الأصحاب لابد من الولى مطلقا حتى قال القاضي أبو يعلى الصغير في رجل وامرأة في سفر ليس معها ولي ولا شهود لا يجوز أن يتزوج بها وإن خاف الزنا بها، قلت وليس بظاهر مع خوف الزنا، وعنه والي البلد أو كبيره يزوج اختاره الشيخ تقي الدين وقدمه في النظم قال في الفروع والصحيح ما نقل عن أحمد وغيره يزوجها ذو السلطان في ذلك المكان كالعضل وإن تعذر وكلت. الإنصاف(٨/٦٩-٧٠).

على قوله: «ثم السلطان» فعلى هذا إذا استولى أهل البغي على بلد جرى حكم سلطانهم وقاضيهم في ذلك مجرى الإمام وقاضيه لأنه جرى مجراه في قبض الصدقات والجزية والخراج فكذلك في هذا. الشرح الكبير(٤/١٨٧)،الإنصاف(٨/٦٩).

[فائدة] لا ولاية لغير العصبات من الأقارب كالأخ من الأم والخال وعم الأم وأبي الأم ونحوهم نص عليه في مواضع وهو قول الشافعي وإحدى الروايتين عن أبي حنيفة، وعن أبي حنيفة أن ذوى الأرحام من الأولياء فإذا لم يكن ثم ولى أو كان موجودا أو عضل انتقل الأمر إلى السلطان. الشرح الكبير(٤/١٨٦).

(٢) قوله: «فأما الأمة» هذا بلا نزاع ولو كان فاسقا أو مكاتبا، وتقدم أن لسيدها أن يجبرها إلا أن تكون مكاتبة على الصحيح من المذهب. المبدع(٦/١٠٧-١٠٨).

(٣) قوله: «ويشترط في الولي الحرية» هذا الصحيح من المذهب.المبدع(٦/١٠٩).

(٤) قوله: «وهل يشترط بلوغه إلخ» إحداهما يشترط بلوغه وهى المذهب قال أحمد لا يزوج الغلام حتى يحتلم وهذا قول الثورى والشافعي وإسحاق وابن المنذر وأبي ثور، وعنه إذا بلغ عشرا زوج، أما اشتراط العدالة فأطلق المصنف فيها الروايتين إحداهما تشترط وهو المذهب قال أحمد إذا كان القاضي مثل ابن الحلبي وابن الجعد استقبل النكاح وهذا قول الشافعي لما روي عن ابن عباس أنه قال لا نكاح إلا بشاهدي عدل وولى مرشد، والثانية ليست شرطا وهو قول مالك وأبي حنيفة وأحد قولي الشافعي لأنه يلي نكاح نفسه فتثبت له الولاية على غيره كالعدل. الشرح الكبير(٤/١٨٩- ١٩٠).

أو عبدا زوج الأبعد وإن عضل الأقرب زوج الأبعد [1]، وعنه يزوج الحاكم، وإن غاب غيبة منقطعة زوج الأبعد [2] وهي ما لا تقطع إلا بكلفة ومشقة في ظاهر كلامه.

وقال الخرقي ما لا يصل إليه الكتاب أو يصل فلا يجيب عنه، وقال القاضي ما لا تقطعه القافلة في السنة إلا مـــرة، وعن أحمد رحمه الله إذا كان الأب بعيد السفر

«**وإن عضل**» أي: منع، يقال: عضل المرأة يعضلها ويعضلها: بضم الضاد، وكسرها.

---

(١) قوله: «وإن عضل الأقرب إلخ» هذا الصحيح من المذهب وعليه أكثر الأصحاب وعنه ينتقل إلى السلطان وهو اختيار أبي بكر، وذكر عن عثمان وشريح وبه قال الشافعي لقول النبي ﷺ «فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له» ولنا أنه تعذر من جهة الأقرب فملكه الأبعد كما لو جن، ولأنه يفسق بالعضل فإن عضل الأولياء كلهم زوج الحاكم والحديث حجة لنا لقوله: «السلطان ولي من لا ولي له» وهذه لها ولي. المبدع(٦/١١٠).

[فائدة] العضل منع المرأة التزويج بكفئها إذا طلبت ذلك ورغب كل منهما في صاحبه سواء طلبت ذلك بمهر مثلها أو دونه قاله الأصحاب وبه قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة لهم منعها من التزويج بدون مهر مثلها لأن عليهم في ذلك عارا وضررا على نسائها لنقص مهر مثلهن، ولنا أن المهر خالص حقها أو عوض يختص بها فلم يكن لهم الاعتراض عليها قال الشيخ تقي الدين ومن صور العضل إذا امتنع الخطاب لشدة الولي. الإنصاف(٨/٧٤).

(٢) قوله: «وإذا غاب غيبة منقطعة إلخ» الكلام في هذه المسألة في أمرين أحدهما أن الأقرب إذا غاب غيبة منقطعة زوج الأبعد دون الحاكم، وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي يزوج الحاكم الثاني في الغيبة المنقطعة والصحيح من المذهب أنها مالا تقطع إلا بكلفة ومشقة نص عليه قال المصنف وهذا الصحيح إن شاء الله فإن التحديدات بابها التوقيف ولا توقيف هنا فيرد إلى ما يتعارفه الناس بينهم مما لم تجر العادة به بالانتظار في مثل ذلك ويذهب الخاطب، والصحيح من المذهب أيضاً أنها تكون فوق مسافة القصر لأنه من دون ذلك في حكم الحاضر. انظر/ المبدع (٦/١١١)، الشرح الكبير(٦/١٩١-١٩٢).

[فائدة] إذا كان الأقرب أسيرا أو محبوساً في مسافة قريبة لا تمكن مراجعته أو تتعذر أي تتعسر مراجعته أو كان غائباً لا يعلم محله أقريب هو أو بعيد أو علم أنه قريب ولم يعلم مكانه أو كان مجهولاً لا يعلم أنه عصبته فزوج الأبعد صح. انظر الشرح الكبير (٤/١٩٢).

زوج الأبعد فيحتمل أنه أراد ما تقصر فيه الصلاة، ولا يلى كافر نكاح مسلمة بحال إلا إذا أسلمت أم ولده في وجه[1] ولا يلي مسلم نكاح كافرة إلا سيد الأمة أو ولى سيدها أو السلطان. ويلى الذمي نكاح موليته الذمية من الذمي[2] وهل يليه من مسلم؟ على وجهين[3]، فإذا زوج الأبعد من غير عذر للأقرب أو زوج أجنبي لم يصح[4] وعنه يصح ويقف على إجازة الولي[5] ووكيل كل واحد

---

(١) قوله: «ولا يلى كافر إلخ» هذا المذهب وهو قول مالك والشافعي وأبي عبيد وأصحاب الرأي لأنه ليس له ولاية على المسلمة. قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم. الشرح الكبير(١٩٢/٤).
[فائدة] ظاهر كلام المصنف أن الذمي لا يلى نكاح مكاتبته ومدبرته وهو أحد الوجهين، والصحيح من المذهب أنه يلى نكاح مكاتبته ومدبرته وأم ولده إذا أسلمن. وظاهر كلامه أيضاً أنه لا يلى نكاح ابنته المسلمة وهو صحيح وهو المذهب. انظر/ الإنصاف(٧٧/٨).

(٢) قوله: «ويلى الذمي إلخ» هذا المذهب المقطوع به عند الأصحاب لأنه مساو لها فوليه كالمسلم. المبدع(١١٢/٦).

(٣) قوله: «وهل يليه إلخ» أحدهما يليه وهو المذهب وهو قول أبي حنيفة للآية والمساواة، والثاني لا يزوجها إلا الحاكم. الشرح الكبير(١٩٣/٤).
[فائدة] يشترط في الذمي إذا كان وليا الشروط المعتبرة في المسلم. انظر/ الإنصاف(٨/ ٧٩).

(٤) قوله: «وإذا زوج الأبعد إلخ» هذا المذهب بلا ريب وبه قال الشافعي وقال مالك يصح، فعلى المذهب العقد فاسد لا يقف على الإجازة، وكذلك إذا زوج الأجنبي أو زوجت المرأة المعتبر إذنها أو تزوج العبد بغير إذن سيده فالنكاح في هذا كله باطل نص عليه في مواضع وهو أصح الروايتين عنه، وهو قول الشافعي وأبي عبيد وأبي ثور لقوله ﷺ «أيما امرأة إلخ». الشرح الكبير(١٩٣/٤).

(٥) قوله: «وعنه يصح إلخ» أى فإن أجازه جاز وإلا فسد، قال أحمد في صغير زوجه عمه فإن رضي به في وقت من الأوقات جاز وإن لم يرض فسخ، وإذا زوجت اليتيمة فلها الخيار إذا بلغت، وقال إذا تزوج العبد بغير إذن سيده ثم علم فإن شاء أن يطلق عليه فالطلاق بيد السيد فإن أذن في التزويج فالطلاق بيد العبد وهذا قول أصحاب الرأي في كل مسألة يعتبر فيها الإذن، وروي ذلك في النكاح بغير ولي عن علي بن أبي طالب وابن سيرين والقاسم والحسن بن صالح وإسحاق وأبي يوسف ومحمد لما روى «أن جارية بكرا أتت النبي ﷺ فذكرت له أن أباها زوجها وهى كارهة فخيرها النبي ﷺ » رواه أحمد وأبو داود وابن ماجة، وروي أن فتاة جاءت إلى النبي ﷺ فقالت إن أبي زوجني من ابن أخيه ليرفع بي خسيسته قال فجعل الأمر إليها» ولنا قوله ﷺ «أيما=

من هؤلاء يقوم مقامه[(١)] وإن كان حاضرا، ووصيه في النكاح بمنزلته[(٢)]، وعنه لا

= امرأة إلخ» وقال: «إذا نكح العبد بغير إذن سيده فنكاحه باطل» رواه أبو داود وابن ماجه إلا أن أبا داود قال هو موقوف على ابن عمر، وأما حديث المرأة التي خيرها رسول الله ﷺ فهو مرسل رواه الناس عن عكرمة عن النبي ﷺ ولم يذكروا ابن عباس قاله أبو داود. ثم يحتمل أن هذه المرأة هي التي قالت إن أبي زوجني من ابن أخيه ليرفع بي خسيسته فتخييرها لتزويجها من غير كفئها وهذا يثبت الخيار ولا يبطل النكاح فعلى المذهب إن وطئ الزوج فيه فلا حد عليه؛ لأنه نكاح مختلف فيه. الشرح الكبير (١٩٣/٤-١٩٤).

[فائدة] إذا ادعت المرأة أنها خلية وأن لا ولي لها زوجت. ذكره الشيخ تقي الدين.

(١) قوله: «ووكيل كل واحد» الصحيح من المذهب جواز الوكالة في النكاح وجواز توكيل الولي سواء كان مجبراً أو غير مجبر أيا كان أو غيره بإذن الزوجة وبغير إذنها وهو ظاهر كلام المصنف؛ لأنه روي أنه ﷺ وكل أبا رافع في تزويج ميمونة ووكل عمرو بن أمية الضمري في تزويج أم حبيبة. انظر/ المبدع(١١٣/٦).

[فوائد] يجوز التوكيل مطلقا ومقيدا، فالمطلق مثل أن يوكله في تزويج من يرضاه أو من شاء ونحوهما، والمقيد مثل أن يوكله في تزويج رجل بعينه ونحوه وهذا المذهب نص عليه. الإنصاف(٨١/٨).

(الثانية) يثبت للوكيل ما يثبت للموكل فإن كان الولي مجبرا كان ذلك لوكيله وإن كانت ولايته ولاية مراجعة احتاج الوكيل إلى المراجعة. الإنصاف(٨١/٨).

(الثالثة) يشترط في وكيل الولي ما يشترط في الولي على الصحيح من المذهب، فلا يصح أن يكون الوكيل فاسقا ونحوه وهو من مفردات المذهب، وقيل: يصح توكيل فاسق وعبد ومميز، ولا يشترط في وكيل الزوج عدالته على الصحيح من المذهب. الإنصاف(٨١/٨).

(الرابعة) ليس للوكيل المطلق أن يتزوجها لنفسه فإن فعل فهو كتزوج الفضولي على ما تقدم، وحكى ابن أبي موسى أنه إذا أذن له الولي في التوكيل فوكل غيره فزوجه صح، وأما من ولايته بالشرع كالولي والحاكم وأمينه فله أن يزوج نفسه. الإنصاف (٨٢/٨).

(الخامسة) يعتبر أن يقول الولي أو وكيله لوكيل الزوج زوجت فلانة لفلان أو زوجت موكلك فلانا فلانة ولا يقول زوجتها منك، ويقول الوكيل قبلت تزويجها أو نكاحها لفلان فإن لم يقل لفلان فوجهان، قال في الرعاية إن قال قبلت هذا النكاح ونوى أنه قبله لموكله صح، قلت: يحتمل ضده. الإنصاف(٨٣/٨).

(٢) قوله: «ووصيه في النكاح إلخ» هذا المذهب وهذا قول الحسن وحماد بن أبي سليمان ومالك، وعنه لا تستفاد بالوصية وبه قال الثوري والشعبي والنخعي والحارث العكلي وأبو حنيفة والشافعي وابن المنذر، ولنا أنها ولاية ثابتة للأب فجازت الوصية بها=

تستفاد ولاية النكاح بالوصية، وقال ابن حامد: لا يصح إلا أن لا يكون له عصبة؛ وإذا استوى الأولياء في الدرجة صح التزويج من كل واحد منهم، والأولى تقديم أفضلهم ثم أسنهم، وإن تشاحوا أقرع بينهم فإن سبق غير من وقعت له القرعة فزوج صح في أقوى الوجهين(١) وإن زوج اثنان ولم يعلم السابق منهما فسخ النكاحان(٢)، وعنه يقرع بينهما فمن قرع أمر الآخر

= كولاية المال، فعلى هذا تجوز الوصية من كل ذي ولاية سواء كان مجبراً كالأب وغير مجبر كالأخ ووصي كل واحد يقوم مقامه فإن كان الولي له الإجبار كان ذلك لوصيه وإن كان يحتاج إلى إذنها فوصيها كذلك. انظر/ الشرح الكبير(١٩٦/٤).

(١) قوله: ((فإن سبق غير إلخ)) وهذا المذهب؛ لأنه تزويج صدر من ولي كامل الولاية كالمنفرد وإنما القرعة لإزالة المشاحة. المبدع(١١٥/٦).
[تنبيه] محل الخلاف إذا أذنت لهم فأما إن أذنت لواحد منهم تعين ولم يصح نكاح غيره على المذهب، وعنه إن أجازه من عينته صح. الإنصاف (٨٦/٨).

(٢) قوله: ((وإن زوج اثنان إلخ)) أي إذا زوجها اثنان لاثنين بإذنها وعلم السابق فالنكاح له في قول أكثرهم لما روى الحسن عن سمرة مرفوعا قال: ((أيما امرأة زوجها وليان فهي للأول منهما)) رواه الخمسة وحسنه الترمذي وروي عن علي أنه قال: إن دخل بها الثاني وهو لا يعلم أنها ذات زوج فرق بينهما، بغير طلاق ولا عليه مهر مثلها اختاره الخرقي وهو الصحيح، وقال أبو بكر: لها المسمى، قال القاضي: هو قياس المذهب، وإن لم يعلم الأول فسخ النكاح أي يفسخه الحاكم وهذا المذهب، لأن كل واحد منهما يحتمل أن يكون نكاحه هو الصحيح والجمع متعذر، وقال القاضي: يفسخه كل واحد من الزوجين وعن أبي بكر يطلقانها، قال في الإنصاف: وهذا أحوط، وعنه يقرع بينهما اختارها النجاد والقاضي في التعليق والشريف وأبو الخطاب والشيرازي؛ فعلى هذه الرواية من قرع منهما جدد نكاحه بإذنها وهو الصحيح، وعنه هي للقارع من غير تجديد عقد اختاره أبو بكر النجاد، قال الزركشي: هذا ظاهر كلام الجمهور، واختاره الشيخ تقي الدين ومال إليه في القواعد الفقهية، فعلى القول بأنه يجدد نكاحه قال المصنف: ينبغي أن لا تجبر المرأة على نكاح من خرجت القرعة بل لها أن تتزوج من شاءت منهما ومن غيرهما، قال الشيخ تقي الدين: وليس هذا بجيد، فأما على هذا القول إذا أمرنا المقروع بالفرقة وقلنا لها أن لا تتزوج القارع خلت منهما فلا يبقى بين الروايتين فرق ولا يبقى للقرعة أثر أصلاً بل تكون لغوا وهذا تخليط وإنما على هذا القول يجب أن يقال هي زوجة القارع بحيث يجب عليه نفقتها وسكناها ولو مات ورثته لكن لا يطأ حتى يجدد العقد فيكون تجديد العقد محل الوطء فقط هذا قياس المذهب. انظر المبدع (١١٥/٦-١١٦)، الإنصاف (٨٦/٨-٨٨).
[فوائد] أحدها: لو علم السبق ونسي السابق فالصحيح من المذهب إجراء الخلاف فيها كالتي قبلها. الإنصاف(٩٠/٨). =

بالطلاق ثم يجدد القارع نكاحه، وإذا زوج عبده الصغير من أمته جاز أن يتولى طرفي العقد(١)، وكذلك ولي المرأة مثل ابن العم والمولى والحاكم إذا أذنت له في نكاحها فله أن يتولى طرفي العقد(٢)، وعنه لا يجوز حتى يوكل غيره في أحد الطرفين(٣)، وإذا قال السيد لأمته: أعتقتك وجعلت عتقك صداقك صح(٤)، فإن طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف قيمتها(٥). وعنه لا يصح حتى يستأنف نكاحها بإذنها فإن أبت ذلك فعليها قيمتها.

=(الثانية) ومنها لو أقرت المرأة لأحدهما لم يقبل على الصحيح من المذهب. الإنصاف (٨/٩٠).
(الثالثة) إذا أمر غير القارع بالطلاق فطلق فلا صداق عليه. الإنصاف(٨/٩١).

(١) قوله: «وإذا زوج عبده الصغير إلخ» هذا بلا نزاع؛ لأنه ملكه بحكم الملك والولاية. المبدع(٦/١١٦).

(٢) قوله: «وكذلك ولي المرأة إلخ» يعني يجوز له أن يتولى طرفي العقد وهذا المذهب لقول عبد الرحمن بن عوف لأم حكيم بنت قارض أتجعلين أمرك إلي؟ قالت نعم قال تزوجتك رواه البخاري تعليقا، ولأنه عقد وجد فيه الإيجاب والقبول فصح كما لو كانا من رجلين، والأشهر أنه يكفي الإيجاب فيقول زوجت فلانا فلانة أو تزوجتها إن كان هو الزوج لفعل عبد الرحمن وهو الصحيح من المذهب. المبدع(٦/١١٦-١١٧).
[فائدة] من صور تولي الطرفين لو وكل زوج الولي أو الولي الزوج أو وكلا واحداً. الإنصاف(٨/٩٤-٩٥).
[فائدة] لا يجوز لولي المجبرة كبنت عمه المجنونة وعتيقته المجنونة نكاحها بلا ولي غيره أو حاكم، قال الزركشي: لا يجوز بلا نزاع. الإنصاف(٨/٩٥).

(٣) قوله: «وعنه لا يجوز إلخ» أي لأن المغيرة بن شعبة خطب امرأة هو أولى الناس بها فأمر رجلاً فزوجه رواه البخاري تعليقا. المبدع(٦/١١٧).
[فائدة] إذا أذنت له في تزويجها ولم يعين الزوج لم يجز أن يزوجها نفسه على المذهب لأن إطلاق الإذن يقتضي تزويجها غيره، ويجوز له أن يزوجها لولده ووالده وأخيه ونحوهم إذا كان كفئا. الشرح الكبير(٤/٢٠١).

(٤) قوله: «وإذا قال السيد إلخ» هذا المذهب لما روى أنس أن النبي ﷺ أعتق صفية وتزوجها، فقال له ثابت: ما أصدقها؟ قال: نفسها أعتقها وتزوجها متفق عليه، وفي لفظ البخاري وجعل عتقها صداقها، ورواه الأثرم عن علي وفعله أنس. انظر/ المبدع(٦/١١٧).

(٥) قوله: «فإن طلقها إلخ» هذا بلا نزاع ونقله الجماعة، لكن إذا لم تكن قادرة فهل تنتظر القدرة أو تستسعي؟ فيه روايتان منصوصتان أصلهما المفلس إذا كان له حرفة هل يجبر على الاكتساب؟ على الروايتين فيه وتقدم في باب الحجر أن الصحيح من المذهب أنه يجبر فيكون الصحيح من المذهب أنها تستسعي. المبدع(٦/١١٨).

فصل

الرابع الشهادة: فلا ينعقد إلا بشاهدين[1] عدلين[2] ذكرين[3] بالغين[4] عاقلين وإن كانا ضريرين[5]، وعنه ينعقد بحضور فاسقين ورجل وامرأتين ومراهقين عاقلين، ولا ينعقد نكاح مسلم بشهادة ذميين، ويتخرج أن ينعقد إذا كانت

---

(١) قوله: «الرابع الشهادة إلخ» هذا المذهب احتياطا للنسب وخوف الإنكار فهو شرط لصحة النكاح روي ذلك عن عمر وعلي وهو قول ابن عباس وسعيد بن المسيب وجابر بن زيد والحسن والنخعي وقتادة والثوري والأوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي، وعنه يصح بغير شهود فعله ابن عمرو الحسن بن علي وابن الزبير وسالم وحمزة ابنا ابن عمر وبه قال عبد الله بن إدريس وعبد الرحمن بن مهدي ويزيد بن هارون والعنبري وأبو ثور وابن المنذر وهو قول الزهري ومالك إذا أعلنوه قال الإمام أحمد وغيره ليس عن النبي ﷺ في الإشهاد على النكاح حديث صحيح، وقال ابن المنذر لا يثبت في الشاهدين في النكاح خبر، ولنا ما روت عائشة مرفوعا: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل» رواه ابن حبان وصححه في بعض طرقه: «أيما امرأة أنكحت نفسها بغير إذن وليها وشاهدى عدل فنكاحها باطل» ذكره الدارقطني عن يونس عن ابن جريج عن سليمان بن موسى عن الزهرى عن عروة عنها مرفوعاً.

وعن ابن عباس قال: البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير بينة رواه الترمذي، وقال لم يرفعه عبد الأعلى ووقفه قال والوقف أصح، وعن عائشة أن النبي ﷺ قال «لابد في النكاح من أربعة الولي والزوج والشاهدان» رواه الدارقطني. انظر/ الشرح الكبير(٤/٢٠٣، المبدع(٦/ ١١٩-١٢٠).

(٢) قوله: «عدلين» أى للإخبار وهذا المذهب وهو مذهب الشافعي وعنه تنعقد بشهادتهما وهو قول أبي حنيفة وعلى كلا الروايتين لا يعتبر حقيقة العدالة بل تنعقد بشهادة مستوري الحال لم يظهر فسقهما وإن لم نقبلهما في الأموال، فإن تبين بعد العقد أنهما فاسقان حالة العقد لم يؤثر في العقد لأن الشرط العدالة ظاهرا، وقيل النكاح فاسد وإن حدث الفسق لم يؤثر في صحة النكاح. انظر/ الشرح الكبير (٤/٢٠٤-٢٠٥). المبدع(٦١-١٢).

(٣) قوله: «ذكرين» هذا المذهب أيضاً لقول الزهري «مضت السنة أن لا تجوز شهادة النساء في الحدود ولا النكاح ولا الطلاق» رواه أبو عبيد في الأموال، ولأنه عقد ليس بمال ولا يقصد به ويطلع عليه الرجال غالباً. المبدع(٦/١٢٠).

(٤) قوله: «بالغين» هذا المذهب أيضاً؛ لأن الصبي لا شهادة له، وعنه تنعقد بشهادة مراهقين عاقلين بناء على أنهما من أهل الشهادة. الخامس الإسلام فلا ينعقد بشهادة كافرين سواء كان الزوجان مسلمين أو الزوج وحده نص عليه وهو قول الشافعي. الشرح الكبير(٤/٢٠٤-٢٠٥).

(٥) قوله: «وتنعقد إلخ» هذا المذهب بناء على أنهما من أهل الشهادة ويعتبر أن يتيقن الصوت على وجه لا يشك فيهما. المبدع(٦/١٢٠).

المرأة ذمية[1]، ولا ينعقد بحضور أصمين ولا أخرسين، وهل ينعقد بحضور عدوين أو ابني الزوجين أو أحدهما؟ على وجهين[2]. وعنه أن الشهادة ليست من شروط النكاح.

«**كفئاً لها**»، الكفء والكفؤ: بوزن قفل، وعنق: المثل، والنظير، قال ابن القطاع في «الأفعال»: كفأ الخاطب كفاءة: صار كفيئاً لمن خطب إليه، وكذلك في غير النكاح.

قال أبو السعادات: الكفء: النظير المساوي، ومنه: الكفاءة في النكاح، وهو أن يكون الزوج مساوياً للمرأة في حسبها، ودينها، ونسبها، وبيتها، وغير ذلك، وجمع الكفء: أكفاء.

---

(١) قوله: «ويتخرج إلخ » وهذا قول أبي حنيفة بناء على قبول شهادهم بعضهم لبعض، والأول أصح لقوله ﷺ : «وشاهدي عدل ». الشرح الكبير (٤/٢٠٥).
[فائدة] ينعقد بشهادة عبدين على المذهب.
وقال أبو حنيفة والشافعي: لا ينعقد والخلاف في ذلك مبنى على الخلاف في قبول شهادهما في سائر الحقوق.

(٢) قوله: «وهل ينعقد إلخ» أحدهما ينعقد بحضور عدوين وهو المذهب لعموم قوله ﷺ: «وشاهدي عدل» وأما انعقاده بحضور ابنى الزوجين أو أحدهما فالمذهب أنه لا ينعقد وكأبويهما أو ابن أحدهما وابن الآخر للتهمة. المبدع(٦/١٢١).

فصل

الخامس كون الرجل كفؤا لها في إحدى الروايتين [1].

فلو رضيت المرأة والأولياء بغيره لم يصح، والثانية ليس بشرط وهي أصح[2]، ولكن إن لم ترض المرأة والأولياء جميعهم فلمن لم يرض الفسخ، فلو زوج

---

(١) قوله: «الخامس إلخ» اختلفت الرواية فعنه أن الكفاءة شرط فإنه قال إذا تزوج المولى العربية فرق بينهما وهذا قول سفيان قال في الإنصاف وهى المذهب عند أكثر المتقدمين، قال الزركشي: هذا المنصوص المشهور والمختار لعامة الأصحاب، قال ابن المنجا في شرحه: هذا المذهب وقطع به الخرقي. انظر/ المبدع(١٢٢/٦، الإنصاف(١٠٢/٨).

(٢) قوله: «والثانية إلخ» يعني ليست الكفاءة شرطا في الصحة بل شرط في اللزوم قال المصنف: وهي أصح وهي المذهب عند المتأخرين وهذا قول أكثر أهل العلم روي نحوه عن عمر وابن مسعود وعمر بن عبد العزيز وعبيد بن عمير وحماد بن أبي سليمان وابن سيرين وابن عون ومالك والشافعي وأصحاب الرأي لقوله تعالى: ﴿ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ ٱللَّهِ أَتْقَىٰكُمْ ﴾ وقالت عائشة: إن أبا حذيفة بن عتبة بن ربيعة تبنى سالما وأنكحه ابنة أخيه هندا بنت الوليد بن عتبة وهو مولى لامرأة من الأنصار أخرجه البخاري، وأمر النبي ﷺ فاطمة بنت قيس أن تنكح أسامة بن زيد مولاه فنكحها بأمره متفق عليه، وزوج أباه زيدا ابنة عمته زينب بنت جحش. لكن إن لم ترض المرأة والأولياء جميعهم فلمن لم يرض الفسخ لما روى عبد الله بن بريدة عن أبيه قال «جاءت امرأة إلى النبي ﷺ فقالت: إن أبي زوجني من ابن أخيه ليرفع بي خسيسته قال فجعل الأمر إليها فقالت: قد أجزت ما صنع أبي ولكن أردت أن أعلم النساء أن ليس للآباء من الأمر شيء» رواه أحمد والنسائي وظاهر المذهب أن العقد يقع صحيحاً فعلى هذه الرواية يثبت لمن لم يرض الفسخ وبهذا قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة إذا رضيت المرأة وبعض الأولياء لم يكن لباقي الأولياء الفسخ. ولنا أن كل واحد من الأولياء يعتبر رضاه ولا فرق بين الأب وغيره، وقال مالك والشافعي ليس لهم فسخ إذا زوج الأقرب. الشرح الكبير (٢٠٦/٤).

على قوله: «فلمن لم يرض الفسخ» وله الفسخ في الحال ومتراخيا قال الشيخ تقي الدين: ينبغي أن يكون على التراخي في ظاهر المذهب.

الأب بغير كفؤ برضاها فللإخوة الفسخ نص عليه، والكفاءة الدين والمنصب[1]، فلا تزوج عفيفة بفاجر ولا عربية بعجمي.

((**عفيفة**)) أي: ذات عفة، وهي: الكف عما لا يحل.

((**بفاجر**)) الفاجر: المنبعث في المعاصي، والمحارم.

---

(١) قوله: ((والكفاءة إلخ)) أي لاغير وهذا إحدى الروايتين، وعنه أن الحرية والصناعة واليسار من شروط الكفاءة أيضاً وهو المذهب فتكون خمسة وقال مالك الكفاءة في الدين لاغير والدليل على اعتبار الدين قوله تعالى: ﴿ أَفَمَن كَانَ مُؤْمِنًا كَمَن كَانَ فَاسِقًا لَّا يَسْتَوُۥنَ ﴾ والدليل على اعتبار المنصب وهو الحسب قول عمر لأمنعن تزوج ذوات الأحساب إلا من الأكفاء قال: قلت: وما الأكفاء قال في الحسب رواه الخلال فعلى المذهب لا يكون العجمي وهو من ليس بعربي كفؤا لعربية. وأما الحرية فلأن العبد منقوص بالرق ممنوع من التصرف في كسبه والمبعض كالقن والعتيق كله كفؤ للحرة. وأما الصناعة فلأن ذلك نقص في عرف الناس فأشبه نقص النسب، وروى في حديث ((العرب بعضهم لبعض أكفاء إلا حائكا أو حجاما)) قيل لأحمد تأخذ به وأنت تضعفه قال العمل عليه. وأما اليسار فلأن على الموسرة ضررا لإخلاله بنفقتها ومؤنة أولادها ولهذا ملكت الفسخ بإعساره بالنفقة. والمراد باليسار ما يجب لها من المهر والنفقة. وقال ابن عقيل بحيث لا تتغير عليها عادتها عند أبيها في بيته. انظر/ المبدع(٦/١٢٤).

[فوائد] موالي القوم كفؤ لهم على الصحيح من المذهب. الشرح الكبير(٤/٢١٠).

(الثانية) ولد الزنا قد قيل إنه كفؤ لذات نسب، وعن أحمد أنه ذكر له أنه ينكح وينكح إليه فكأنه لم يحب ذلك، لأن المرأة تتضرر به هي وأولياؤها ويتعدى ذلك إلى ولدها وليس هو كفؤا للعربية بغير إشكال فيه لأنه أدنى حالا من الموالي قاله في الشرح. (٤/٢٠٩-٢١٠).

(الثالثة) لا تعتبر هذه الصفات في المرأة فليست الكفاءة في حقها شرطا للرجل؛ لأنه ﷺ لا مكافئ له وقد تزوج من أحياء العرب وتزوج صفية وتسرى بالإماء قال ((من كان عنده جارية فعلمها وأحسن تعليمها ثم أعتقها وتزوجها فله أجران)) متفق عليه، ولأن الولد يشرف بشرف أبيه لا بشرف أمه. انظر/ الإنصاف(٨/١٠٦).

على قوله: ((والكفاءة الدين والمنصب)) واختار الشيخ تقي الدين أن النسب لا اعتبار به في الكفاءة واستدل بقوله: ﴿ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ ٱللَّهِ أَتْقَىٰكُمْ ﴾. الإنصاف(٨/١٠٥).

على قوله: ((والعرب بعضهم لبعض أكفاء)) هذا المذهب، لأن المقداد بن الأسود الكندي تزوج ضباعة بنت الزبير بن عبد المطلب وزوج أبو بكر أخته الأشعث بن قيس وزوج علي بنته أم كلثوم عمر بن الخطاب. المبدع(٨/١٢٤).

على قوله: ((ولا بنت تانئ)) هو صاحب العقار. المبدع(٨/١٢٥).

والعرب بعضهم لبعض أكفاء، وسائر الناس بعضهم لبعض أكفاء، وعنه لا تزوج قرشية لغير قرشي ولا هاشمية لغير هاشمي، وعنه أن الحرية والصناعة واليسار من شروط الكفاءة، فلا تزوج حرة بعبد ولا بنت بزاز بحجام ولا بنت تانئ بحائك ولا موسرة بمعسر.

«**قرشية لغير قرشي، ولا هاشمية لغير هاشمي**» قرشي، وقرشية: نسبة إلى قريش، وهو فهر بن مالك، وقيل: النضر بن كنانة، وقريش: لقب، وهاشمية، وهاشمي: نسبة إلى هاشم، وهو عمرو بن عبد مناف، ولقب بهاشم؛ لأنه هشم الثريد لقومه، قال الشاعر:

عمرو الذي هشم الثريد لقومه ورجال مكة مسنتون عجاف

ويروى : عمرو العلا.

«**والصناعة**» الصناعة، بكسر الصاد، وفتحها: حرفة الصانع.

«**ولا بنت بزاز بحجام**» البزاز: بياع البز، والحجام: صانع الحجامة، استغنوا بصيغة فعال، عن: ياء النسب.

«**ولا بنت تانئ بحائك**» التانئ: بالهمز بلا خلاف بين أهل اللغة، وهو صاحب العقار، قال الجوهري، وابن فارس، وغيرهما: هو من تنأ بالبلد بالهمز: إذا قطنه. وجمع التانئ: تناء، كفاجر، وفجار، والاسم منه: التناءة، والله تعالى أعلم.

باب المحرمات في النكاح

وهن ضربان: محرمات على الأبد، وهن أربعة أقسام (أحدها) المحرمات بالنسب، وهن سبع: الأمهات وهن الوالدة والجدات من قبل الأب والأم وإن علون والبنات من حلال أو حرام[1] وبنات الأولاد وإن سفلوا والأخوات من الجهات الثلاث وبنات الأخ وبنات الأخت وأولادهم وإن سفلن والعمات[2] والخالات وإن علون، ولا تحرم بناتهن. (القسم الثاني) المحرمات بالرضاع[3] ويحرم به ما يحرم من النسب سواء. (القسم الثالث).

---

(١) قوله: ((والبنات من حلال أو حرام))وكذا بنته المنفية بلعان ومن شبهة وهذا المذهب لدخولهن في عموم لفظ وبناتكم، ويكفي التحريم أن يعلم أنها ابنته ظاهرا وإن كان النسب لغيره. المبدع(٦/١٢٧).

على قوله: ((أو حرام)) وقال مالك والشافعي في المشهور من مذهبه: يجوز نكاح ابنته من الزنا وأخته وبنت ابنه وبنت بنته وبنت أخته وأخيه. الشرح الكبير(٦/٢١٣).

(٢) قوله: ((والعمات)) أي أخوات الأب من الجهات الثلاث وأخوات الأجداد من قبل الأب أو من قبل الأم قريباً كان الجد أو بعيداً وارثا كان أو غير وارث. المبدع(٦/ ١٢٨).

[تنبيه] شمل قوله: والعمات عمة أبيه وأمه لدخولهما في عماته وعمة العم لأب لأنها عمة أبيه لا عمة العم لأم؛ لأنها أجنبية منه. وتحرم خالة العمة لأم ولا تحرم خالة العمة لأب لأنها أجنبية. وتحرم عمة الخالة لأب لأنها عمة الأم ولا تحرم عمة الخالة لأم أجنبية. انظر/ الإنصاف(٨/١١٠).

(٣) قوله: ((المحرمات بالرضاع إلخ)) الذي ذكر الله سبحانه اثنتين فقال: ﴿ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ ﴾ فأما الأمهات اللاتي أرضعنك وأمهاتهن وجداتهن وإن علت درجتهن فمحرمات بالآية، وأما الأخوات فهي كل امرأة أرضعتها أمها أو أرضعتك أمك أو أرضعتك وإياها امرأة واحدة أو ارتضعت أنت وإياها من لبن رجل واحد كرجل له امرأتان لهما منه لبن أرضعتك إحداهما وأرضعتها الأخرى فهي أختك محرمة عليك بالآية، وكذلك كل امرأة حرمت عليك بالنسب حرم مثلها من الرضاع كالعمة والخالة والبنت وبنت الأخ وبنت الأخت لقوله ﷺ ((يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب)) متفق عليه ولمسلم ((الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة)) ولا نعلم في هذا خلافا. قال ابن البنا في خصاله والوجيز وغيرهما إلا أم أخته وأخت ابنه فإنهما يحرمان من النسب ولا يحرمان=

المحرمات بالمصاهرة وهن أربع: أمهات نسائه[1] وحلائل آبائه وأبنائه[2] فيحرمن بمجرد العقد دون بناتهن، والربائب وهن بنات نسائه اللاتي دخل بهن[3] دون اللاتي لم يدخل بهن فإن متن قبل الدخول فهل تحرم بناتهن؟ على روايتين [4].

= بالرضاع وقاله الأصحاب واختار الشيخ تقي الدين أنه لا يثبت به تحريم المصاهرة فلا يحرم على الرجل نكاح أم زوجته وابنتها من الرضاع ولا على المرأة نكاح أبي زوجها وابنه من الرضاع. انظر/ المبدع(٦/١٢٨).

(١) قوله: «أمهات نسائه» هذا المذهب وعليه الأصحاب قاطبة فيحرمن بمجرد العقد نص عليه وهو قول أكثر أهل العلم منهم ابن مسعود وابن عمر وجابر وعمران بن حصين وكثير من التابعين وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي وعنه أمهات النساء كالربائب لا يحرمن إلا بالدخول ببناتهن كما لا تحرم بناتهن إلا بالدخول بها وحكي عن عليّ. المبدع (٨/١٢٩).

(٢) قوله: «حلائل الأبناء» دخل فيه كل من تزوجها أحد من أولاده أو أولاد أولاده وإن نزلوا سواء كانوا من أولاد البنين أو البنات من نسب أو رضاع بمجرد العقد ولا تحرم بناتهن فيحل له نكاح ربيبة أبيه وابنه لقوله تعالى: ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ ﴾. المبدع(٦/١٢٩).

(٣) قوله: «بنات النساء إلخ» وهن الربائب فلا يحرمن إلا بالدخول بالأمهات وهن كل بنت لزوجة من نسب أو رضاع قريبة أو بعيدة وارثة أو غير وارثة وسواء كانت في حجره أو لا في قول عامة الفقهاء إلا أنه روي عن عمر وعلي أنهما رخصا فيها إذا لم تكن في حجره وهو قول داود واختاره ابن عقيل لظاهر الآية إذا ثبت هذا فإن الدخول بها وطؤها وإن خلا بها ولم يطأها لم تحرم ابنتها. انظر/ الشرح الكبير(٤/٢١٢).

[فائدة] تحرم عليه بنت ابن زوجته نقله صالح وغيره وذكر الشيخ تقي الدين أنه لا يعلم فيه نزاعا ذكره في القواعد. ولا تحرم زوجة ربيبة نص عليه قال الشيخ تقي الدين لا أعلم فيه نزاعا. ويباح للمرأة ابن زوجة ابنها وابن زوج ابنتها وابن زوج أمها وزوج زوجة أبيها. انظر/ الإنصاف(٨/١١٢).

(٤) قوله: «فإن متن قبل الدخول إلخ» يعني إذا ماتت المعقود عليها ولها بنت إحداهما لا يحرمن وهو المذهب وبه قال علي وعامة العلماء، قال ابن المنذر: أجمع عوام علماء الأمصار أن الرجل إذا تزوج المرأة ثم طلقها أو ماتت قبل أن يدخل بها حل له أن يتزوج ابنتها، كذلك قال مالك والثوري والأوزاعي والشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور ومن تبعهم لقوله تعالى: ﴿ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا۟ دَخَلْتُم بِهِنَّ ﴾ الآية. الشرح الكبير(٤/٢١٢). =

ويثبت تحريم المصاهرة بالوطء الحلال والحرام[1]، فإن كانت الموطوءة ميتة أو صغيرة فعلى وجهين، وإن باشر امرأة أو نظر إلى فرجها أو خلا بها لشهوة فعلى وجهين[2]. وإن تلوط بغلام حرم على كل واحد منهما أم الآخر وابنته،

= على قوله: «على روايتين» وكذا الحكم لو أبانها بعد الخلوة وقبل الدخول خلافا ومذهبا وكذلك قطع المصنف وغيره من الأصحاب في المباشرة ونظر الفرج بعد التحريم. الإنصاف(١١٣/٨).

(١) قوله: «ويثبت إلخ» أما بالوطء الحلال فإجماع، وأما ثبوته بوطء الشبهة فهو الصحيح من المذهب فإذا زنا بامرأة حرمت على أبيه وابنه وحرمت عليه أمها وابنتها. ولو وطئ أم امرأته أو بنتها حرمت عليه امرأته نص عليه روي نحو ذلك عن عمران بن حصين وبه قال الحسن وطاوس ومجاهد والشعبي والنخعي والثوري وأصحاب الرأي. الشرح الكبير(٢١٣/٤).

على قوله: «بالوطء الحلال والحرام» واختار الشيخ تقي الدين أن الوطء الحرام لا ينشر تحريم المصاهرة. الإنصاف(١١٤/٨).

(٢) قوله: «وإن باشر امرأة إلخ» أحدهما لا تنشر الحرمة وهو المذهب وهو قول الشافعي وأكثر أهل العلم لقوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾، والثاني: ينشرها في موضع ينشرها اللمس روى عن عمر وابن عمر وعامر بن ربيعة وكان بدريا وعبد الله بن عمر فيمن يشتري الخادم ثم يجردها أو يقبلها لا يحل لابنه وطئها وهو قول القاسم والحسن ومجاهد ومكحول وحماد بن أبي سليمان وأبي حنيفة لما روى ابن مسعود عن النبي ﷺ أنه قال: «من نظر إلى فرج امرأة لم تحل له ابنتها» وفي رواية «لا ينظر الله إلى رجل نظر إلى فرج امرأة وابنتها» ولنا الآية، والخبر ضعيف قاله الدارقطني وهو موقوف على ابن مسعود، ثم يحتمل أنه كنى بذلك عن الوطء وأما النظر إلى سائر البدن فلا ينشر الحرمة. ولا خلاف أيضاً أن النظر إذا وقع لغيره شهوة لا ينشر الحرمة وموضع الخلاف في اللمس والنظر فيمن بلغت تسع سنين فما زاد فأما الطفلة فلا يثبت فيها ذلك. انظر/ المبدع(١٣١/٦).

[فائدة] ذكر الشيخ تقي الدين في كتاب التحليل: أن الرجل إذا قتل رجلا ليتزوج امرأته أنها لا تحل له أبداً. وسئل عن رجل خبب امرأة على زوجها حتى طلقت ثم تزوجها أجاب يعاقب مثل هذا عقوبة بليغة والنكاح باطل في أحد قولي العلماء مالك وأحمد وغيرهما ويجب التفريق فيه.

على قوله: «وإن تلوط بغلام حرم على كل واحد منهما أم الآخر وابنته» هذا الصحيح من المذهب نص عليه لأنه وطء في فرج ينشر الحرمة كوطء المرأة، وقال في الشرح: الصحيح أن هذا لا ينشر الحرمة فإن هؤلاء غير منصوص عليهن في=

وعند أبي الخطاب هو كالوطء دون الفرج وهو الصحيح. (القسم الرابع) الملاعنة تحرم على الملاعن على التأبيد، إلا أن يكذب نفسه، فهل تحل له؟ على روايتين.

فصل

الضرب الثاني المحرمات إلى أمد، وهن نوعان: (أحدهما) المحرمات لأجل الجمع فيحرم الجمع بين الأختين [1] وبين المرأة وعمتها أو خالتها [2].

«**المصاهرة**»: مصدر صاهرهم: إذا تزوج إليهم. والصهر بمعنى: المصاهرة. والصهر: من كان من أقارب الزوج، أو الزوجة.

«**وحلائل آبائه**» الحلائل: جمع حليلة، وهي الزوجة. والرجل حليلها، لأنها تحل معه، ويحل معها، وقيل: لأن كل واحد منهما يحل للآخر.

= التحريم فيدخلن في عموم قوله تعالى: ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ ﴾. الشرح الكبير (٤/٢١٥-٢١٦) المبدع(٦/١٣١).

(١) قوله: «فيحرم الجمع بين الأختين» أى سواء كانتا من نسب أو رضاع حرتين كانتا أو أمتين أو حرة وأمة من أبوين كانتا أو من أب أو أم وسواء ما قبل الدخول وما بعده لعموم قوله تعالى: ﴿ وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ ﴾ قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على القول به. المبدع(٦/١٣٢-١٣٣).

(٢) قوله: «ويحرم الجمع بين المرأة إلخ» إجماعا لما روى أبو هريرة مرفوعا قال «لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها» متفق عليه وللبخاري عن جابر مثله وسواء كانت العمة والخالة حقيقة أو مجازا كعمات آبائها وخالاتهم وعمات أمها وخالاتهن وإن علت درجتهن ولو رضيتا من نسب أو رضاع، وخالف الشيخ تقي الدين في الرضاع فلم يحرم الجمع مع الرضاع، فعلى المذهب كل شخصين لا يجوز لأحدهما أن يتزوج الآخر لو كان أحدهما ذكرا لأجل القرابة لا يجوز الجمع بينهما وكذا يحرم الجمع بين عمة وخالة بأن ينكح امرأة وينكح ابنه أمها فيولد لكل واحد منهما بنت ويحرم أيضاً الجمع بين عمتين بأن ينكح كل واحد منهما أم الآخر فيولد لكل واحد منهما بنت، ولا يحرم الجمع بين ابنتي العم وابنتي الخال في قول عامة أهل العلم ولا يكره على الصحيح من المذهب وهو قول سليمان بن يسار والشعبي وحسن بن حسن والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأبي عبيد، وعنه يكره روي ذلك عن ابن مسعود وبه قال جابر بن زيد وعطاء والحسن وسعيد بن عبد العزيز ولو تزوج أخت زيد من أبيه وأخته من أمه في عقد واحد صح. انظر/ الشرح الكبير(٤/٢١٧، المبدع(٦/١٣٣).

فإن تزوجهما في عقد لم يصح[1] وإن تزوجهما في عقدين أو تزوج إحداهما في عدة الأخرى سواء كانت بائنا أو رجعية فنكاح الثانية باطل[2]، وإن اشترى أخت امرأته أو عمتها أو خالتها صح[3] ولم يحل له وطؤها حتى يطلق امرأته وتنقضي عدتها[4].

«**والربائب**» هي جمع: ربيبة، وهي بنت الزوجة من غير الزوج. والذكر: ربيب.

«**باشر دون الفرج**» أي: وطئ، وقال الجوهري: مباشرة المرأة: ملامستها، وكلاهما محرم، وكذا القبلة.

«**يلوط بغلام**» يقال: لاط الرجل، ولاوط، أي: عمل عمل قوم لوط، وتلوط: تفعل، وهو عبارة عن وطء الذكر في دبره، ولا فرق بين الغلام والبالغ في التحريم، وذكروا الغلام، لأنه الغالب، لأن البالغ ليس كذلك.

«**إلى أمد**» أي: إلى غاية، والأمد: الغاية، كالمدى.

«**بائناً أو رجعية**» البائن: التي لا رجعة لزوجها عليها، لكونها مطلقة ثلاثاً، أو دونها بعوض، أو بغيره، وقد انقضت عدتها، ولم يقل: بائنة، لاختصاصه بالإناث، كحائض، والرجعية: كل مطلقة ليست كذلك.

---

(١) قوله: «وإن تزوجهما إلخ» وكذا لو تزوج خمسا في عقد واحد وهذا المذهب؛ لأنه لا يمكن تصحيحهما ولا مزية لأحدهما على الآخر. انظر/ الإنصاف(٨/١٢١).

(٢) قوله: (وإن تزوجهما في عقدين إلخ» لأن به يحصل الجمع فاختص البطلان به وهذا المذهب، لكن لو جهلت الأولى فسخاً على الصحيح من المذهب، وعنه يقرع بينهما فمن خرجت لها القرعة فهي الأولى، فعلى المذهب يلزم لأحدهما نصف المهر يقترعان عليه. المبدع(٦/١٣٣).

(٣) قوله: «وإن اشترى إلخ» أي لأن الشراء يراد للاستمتاع وغيره ولذلك صح شراء المجوسية وأخته من الرضاع وكذا لو ملكها بغير الشراء. المبدع (٦/١٣٤).

(٤) قوله: «ولم يحل له إلخ» أي لئلا يكون جامعا بينهما في الفراش وجامعا ماءه في رحم من يحرم الجمع بينهما. انظر/ المبدع(٦/١٣٤).

وإن اشتراهن في عقد واحد صح[1]، فإن وطئ إحداهما لم تحل له الأخرى حتى يحرم على نفسه الأولى[2] بإخراج عن ملكه أو تزويج ويعلم أنها ليست بحامل، فإن عادت إلى ملكه لم يصب واحدة منهما حتى يحرم الأخرى وعنه[3] ليس بحرام ولكن ينهى عنه[4]، وإن وطئ أمته ثم تزوج أختها لم

---

(١) قوله: «وإن اشتراهن إلخ» يعني لو اشترى أختين أو امرأة وعمتها أو خالتها في عقد واحد صح لا نعلم فيه خلافاً لأن الشراء يراد لغير الوطء بخلاف العقد. المبدع(٦/١٣٤).

(٢) قوله: «فإن وطئ إحداهما إلخ» أى إذا وطئ إحداهما جاز، لأن الأخرى لم تصر فراشا وهذا قول أكثر أهل العلم، وقال الحكم وحماد لا يقرب واحدة منهما وذكره أبو الخطاب مذهبا لأحمد فعلى هذا لا تحل له الأخرى إلا بما ذكره المصنف وهذا المذهب وهو قول علي وابن عمر والحسن والأوزاعي وإسحاق والشافعي ولا يكفي استبراؤها بدون زوال الملك على الصحيح من المذهب، وقال ابن عقيل ينبغي أن يكتفي بذلك إذ به يزول الفراش المحرم للجمع وهو قول قتادة، وفي الاكتفاء بتحريمها بكتابة أو رهن أو بيع بشرط الخيار وجهان، والصحيح من المذهب أنه لا يكتفي.
الشرح الكبير(٤/٢١٩-٢٢٠).

(٣) قوله: «فإن عادت إلخ» يعني متى زال ملكه عن الموطوءة زوالا أحل له أختها فوطئها ثم عادت الأولى إلى ملكه فليس له وطء إحداهما حتى يحرم الأخرى بإخراج عن ملكه أو تزويج نص عليه وسواء وطئ الثانية أو لا وهذا المذهب. وقال أصحاب الشافعي لا تحرم عليه واحدة منهما لأن الأولى ولم تبق فراشا فأشبه ما لو وطئ أمته ثم اشترى أختها. ولنا أن الثانية صارت فراشا وقد رجعت إليه التي كانت فراشا فحرمت كل واحدة منهما. واختار في المغني إن عادت قبل وطء أختها فهي المباحة. انظر الشرح الكبير(٤/٢٢٠، المغني(٧/٤٩٦).

(٤) قوله: «وعنه ليس بحرام إلخ» المذهب تحريم الجمع بين الأختين المملوكتين في الوطء وكرهه عمر وعثمان وعلي وعمار وابن عمر وابن مسعود، وممن قال بتحريمه عبد الله بن عتبة وجابر بن زيد وطاوس ومالك والأوزاعي والشافعي وأبو حنيفة وروي عن ابن عباس أنه قال: أحلتهما آية وحرمتهما آية ولم أكن لأفعله وروى ذلك عن علي يريد قوله تعالى: ﴿ وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ ﴾ وقوله: ﴿ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ ﴾ وقال داود وأهل الظاهر لا يحرم استدلالا بالآية. انظر الشرح الكبير(٤/٢٢١).

يصح عند أبي بكر [1]، وظاهر كلام أحمد رضى الله عنه أنه يصح [2] ولا يطأها حتى يحرم الموطوءة، فإن عادت إلى ملكه لم يطأ واحدة منهما حتى يحرم الأخرى [3]، ولا يحل للحر أن يجمع بين أكثر من أربع، ولا للعبد أن يتزوج أكثر من اثنتين [4]، وإن طلق إحداهن لم يجز أن يتزوج أخرى حتى تنقضي عدتها [5].

---

(١) قوله: «وإن وطئ أمته إلخ» كلام أبي بكر هو المذهب، قال القاضي: هو ظاهر كلام أحمد. المبدع(٦/١٣٥).

(٢) قوله: «وظاهر إلخ» هذا مذهب أبي حنيفة، وقال الشافعي يصح النكاح وتحل له المنكوحة وتحرم أختها؛ لأن النكاح أقوى من الوطء بملك اليمين. الشرح الكبير (٤/٢٢١).

(٣) قوله: «فإن عادت إلخ» إذا زوج الأمة الموطوءة أو أخرجها عن ملكه فله نكاح أختها فإن عادت الأمة إلى ملكه فالزوجية بحالها وحلها باق، لأن النكاح صحيح وهو أقوى ولا تحل له الأمة، وعنه أنه ينبغي أن يحرم إحداهما. المبدع(٦/١٣٦).

على قوله: «أكثر من أربع» إجماعا إلا شيئاً يحكى عن القاسم بن إبراهيم أنه أباح تسعا. المبدع(٦/١٣٦).

(٤) قوله: «ولا للعبد إلخ» هذا المذهب وبه قال عمر وعلي وعبد الرحمن بن عوف وبه قال عطاء والحسن والشعبي وقتادة والثوري والشافعي وأصحاب الرأي، وقال القاسم بن محمد وسالم بن عبد الله وطاوس ومجاهد ومالك وأبو ثور وداود: له نكاح أربع لعموم الآية، ولنا قول من سمينا من الصحابة ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم فكان إجماعاً. الشرح الكبير(٤/٢٢٣).

(٥) قوله: «وإن طلق إلخ» إذا كان الطلاق رجعيا فالتحريم باق بحاله في قولهم جميعاً وإن كان الطلاق بائنا أو فسخا فكذلك يروى ذلك عن علي وابن عباس وزيد ابن ثابت وبه قال سعيد بن المسيب ومجاهد والنخعي والثوري وأصحاب الرأي وقال القاسم بن محمد وعروة وابن أبي ليلى ومالك والشافعي وأبو عبيد وابن المنذر له نكاح جميع من سمينا في تحريم الجمع وروي ذلك عن زيد بن ثابت. انظر/ الشرح الكبير(٤/٢٢٣).

فصل

(النوع الثاني) محرمات لعارض يزول، فيحرم عليه نكاح زوجة غيره[1] والمعتدة منه[2] والمستبرئة منه، وتحرم الزانية حتى تتوب وتنقضي عدها ومطلقته ثلاثا حتى تنكح زوجا غيره والمحرمة حتى تحل[3]، ولا يحل لمسلمة نكاح كافر بحال [4]ولا لمسلم نكاح كافرة إلا حرائر أهل الكتاب[5]، وإن

---

(١) قوله: «نكاح زوجة غيره» وذلك بغير خلاف لقوله تعالى: ﴿ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ ﴾ الآية. المبدع(٦/١٣٨).

(٢) قوله: «والمعتدة» لقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَعْزِمُوا۟ عُقْدَةَ ٱلنِّكَاحِ ﴾ الآية، وسواء في ذلك المعتدة من وطء مباح أو محرم. ولا يجوز نكاح المرتابة بعد العدة بالحمل. المبدع(٦/١٣٨).

(٣) قوله: «والمحرمة حتى تحل» أى فيحرم على المحرم أن يعقد النكاح في حال إحرامه فإن عقد أحد نكاحاً لمحرم أو على محرمة أو عقد المحرم لنفسه أو لغيره نكاحا لم يصح لقوله ﷺ «لا ينكح ولا يخطب» رواه مسلم وعنه إن عقد المحرم النكاح لغيره صحيح. المبدع(٦/١٣٩).

(٤) قوله: «ولا يحل لمسلمة إلخ» لقوله تعالى: ﴿ وَلَا تُنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ ﴾ الآية، ولقوله: ﴿ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ ﴾ ولا نعلم خلافا في ذلك. المبدع(٦/١٣٩).

(٥) قوله: «إلا حرائر أهل الكتاب» ليس بحمد الله بين أهل العلم اختلاف في حل حرائر نساء أهل الكتاب للمسلم وسواء كان أهل الكتاب أهل حرب أو أهل ذمة، والأولى أن لا يتزوج كتابية؛ لأن عمر قال للذين تزوجوا من نساء أهل الكتاب،طلقوهن، فقال عمر: طلقها قال تشهد أنها حرام قال هي حرة طلقها قال تشهد أنها حرام قال هي جمرة قال: قد علمت أنها حرة ولكنها لي حلال، قال فلما كان بعد طلقها فقيل له ألا طلقتها حين قال لك عمر؟ قال كرهت أن يرى الناس أني ارتكبت أمراً لا ينبغي، وأهل الكتاب الذين هذا حكمهم أهل التوراة والإنجيل قال الله تعالى: ﴿ أَن تَقُولُوٓا۟ إِنَّمَآ أُنزِلَ ٱلْكِتَٰبُ عَلَىٰ طَآئِفَتَيْنِ مِن قَبْلِنَا ﴾ فأهل التوراة اليهود والسامرة وأهل الإنجيل النصارى ومن وافقهم من الفرنج والأرمن وغيرهم، وأما الصابئون فاختلف فيهم السلف كثيراً فروى عن أحمد أنهم جنس من النصارى ونص عليه الشافعي وعن أحمد أنه قال: بلغني أنهم يسبتون فهؤلاء إذا يشبهون اليهود قال الشارح: والصحيح أنهم يوافقون اليهود والنصارى في أصل دينهم ويخالفونهم في فروعه فهم ممن وافقوه. انظر الشرح الكبير (٤/ ٢٢٧-٢٢٨)، المبدع (٦/١٣٩-١٤٠).

كان أحد أبويها غير كتابي[1] أو كانت من نساء بني تغلب فهل تحل؟ على روايتين[2]، وليس للمسلم وإن كان عبداً نكاح أمة كتابية[3]، وعنه يجوز، ولا يحل لحر مسلم نكاح أمة مسلمة إلا أن يخاف العنت ولا يجد طولا لنكاح حرة ولا ثمن أمة[4].

---

(١) قوله: «وإن كان أحد أبويها إلخ» إحداهما لا تحل وهي المذهب وسواء كان أحد أبويها وثنيا أو مجوسياً أو مرتداً وبه قال الشافعي فيما إذا كان الأب غير كتابي لأن الولد ينسب إلى أبيه، والثانية تصح لعموم الآية. ومحل الخلاف إذا اختارت هي دين أهل الكتاب، أما إن اختارت غيره فلا تباح قولا واحداً وعلى كلا الروايتين في أصل المسألة لو كان أبواها غير كتابيين واختارت هي دين أهل الكتاب فظاهر كلام المصنف هنا التحريم رواية واحدة وهو المذهب، وقيل عنه لا تحرم وجزم به في المغني والشرح على الرواية الثانية، واختاره الشيخ تقي الدين اعتباراً بنفسه وقال: هو المنصوص عن أحمد في عامة أجوبته قال في الإنصاف وهو الصواب. المبدع(٦/١٤٠).

[فائدة] المجوس لا كتاب لهم، ولا تحل ذبائحهم، ولا نكاح نسائهم في قول عامة العلماء إلا أبا ثور فإنه أباح ذلك. الشرح الكبير(٤/٢٢٨).

[فائدة] لا ينكح مجوسي كتابية على الصحيح من المذهب نص عليه وقيل بلى وينكح كتابي مجوسية على الصحيح من المذهب وقيل لا، ولو ملك كتابي مجوسية فله وطؤها. انظر الإنصاف(٨/١٣٨).

(٢) قوله: «أو كانت من نساء إلخ» إحداهما تحل وهي المذهب بلا ريب لدخولها في عموم الآية وأما سائر الكفار غير أهل الكتاب كمن عبد ما استحسن من الأصنام والأشجار والأحجار فلا خلاف بين أهل العلم في تحريم نسائهم وذبائحهم، والمرتدة يحرم نكاحها على أى دين كانت. المبدع(٦/١٤٠).

(٣) قوله: «وليس المسلم إلخ» هذا الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب ونص عليه وهو قول الحسن والزهري ومكحول ومالك والشافعي والثوري والأوزاعي والليث وإسحاق وروي ذلك عن عمر وابن مسعود ومجاهد وعنه يجوز وبه قال أبو ميسرة وأبو حنيفة لكن الخلال رد هذه الرواية وقال إنما توقف أحمد فيها ولم ينقل له قول ووجه الأولى قوله: ﴿ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُم مِّن فَتَيَٰتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ﴾ فشرط في إباحة نكاحهن الإيمان ولم يوجد ولا فرق بين الحر والعبد. انظر/ الشرح الكبير(٤/٢٣٠).

(٤) قوله: «ولا يحل لحر مسلم إلخ» لا يباح للحر المسلم نكاح الأمة المسلمة إلا بوجود الشرطين على الصحيح من المذهب وعليه جماهير الأصحاب وهذا قول عامة أهل العلم لا نعلم بينهم فيه اختلافا قاله في الشرح لقوله تعالى: ﴿ وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا ﴾ الآية وقال في التبصرة: لا يحرم على المسلم نكاح الإماء المسلمات =

وإن تزوجها وفيه الشرطان ثم أيسر أو نكح حرة فهل يبطل نكاح الأمة؟ على روايتين[1].

«**ولا يجد طولا**» الطول، بالفتح: الفضل، أي: لا يجد فضلاً ينكح به حرة.

«**فلم تعفه**» أي: لم يحصل له العفاف، وهو الكف عن الحرام، يقال: عف يعف عفة فهو عفيف، وأعفه غيره: يعفه، والله أعلم.

= ولو عدم الشرطان أو أحدهما انتهى، والصبر عنها مع ذلك خير وأفضل لقوله تعالى: ﴿وَأَن تَصۡبِرُواْ خَيۡرٞ لَّكُمۡ﴾ وقال مجاهد مما وسع الله على هذه الأمة نكاح الأمة وإن كان موسرا وبه قال أبو حنيفة إلا أن يكون تحته حرة. الشرح الكبير (٤/٢٣٠-٢٣١).

[فوائد] قوله: «ولا يجد طولا لنكاح حرة» يشمل الحرة المسلمة والكتابية وهو كذلك وهو المذهب وعليه الأصحاب. الإنصاف(٨/١٣٨).

(الثانية) وجود الطول هو أن يملك مالا حاضرا على الصحيح من المذهب وفسر الإمام الطول بالسعة، وقال القاضي الطول أن لا يجد صداق حرة، زاد ابن عقيل ولا نفقتها وهو أولى. انظر/ الإنصاف(٨/١٣٩).

(الثالثة) إذا لم يملك مالا حاضرا ووجد من يقرضه أو رضيت الحرة بتأخير صداقها أو بدون مهرها لم يلزمه وجاز له نكاح الأمة جزم به في المغني والشرح واختاره القاضي وقدمه في الفروع لأن عليه ضررا في بقاء الدين في ذمته. الإنصاف(٨/١٣٩).

(الرابعة) قال المصنف: وتبعه الشارح وذلك بشرط أن لا تجحف بماله فإن أجحف بماله جاز له نكاح الأمة. الإنصاف(٨/١٣٩).

(الخامسة) لو وجد حرة لا توطأ او كانت زوجته غائبة جاز له نكاح الأمة على الصحيح من المذهب نص عليه. الإنصاف(٨/١٤٠).

(١) قوله: «وإن تزوجها إلخ» إذا تزوجها ثم أيسر لم يبطل نكاحها على الصحيح من المذهب وهو مذهب الشافعي، وكذا لو زال خوف العنت أو رجعت زوجته أو كبرت زوجته الصغيرة أو مرضت زوجته فعوفيت لأن استدامة النكاح تخالف ابتداءه بدليل أن العدة والردة يمنعان ابتداءه دون استدامته وأما إذا تزوج على الأمة حرة صح وفي بطلان نكاح الأمة روايتان إحداهما لا يبطل وهو الصحيح من المذهب وهو قول سعيد بن المسيب وعطاء والشافعي وأصحاب الرأي وروي معنى ذلك عن علي، والثانية ينفسخ نكاح الأمة وهو قول ابن عباس ومسروق وإسحاق والمزني، ولنا ما روي عن علي أنه قال إذا تزوج الحرة على الأمة قسم للحرة ليلتين وللأمة ليلة. انظر/ الشرح الكبير (٤/٢٣٢).

وإن تزوج حرة أو أمة فلم تعفه ولم يجد طولا لنكاح حرة أخرى فهل له نكاح أمة أخرى؟ على روايتين[1]. قال الخرقي: وله أن ينكح من الإماء أربعا إذا كان الشرطان فيه قائمين، وللعبد نكاح الأمة، وهل له أن ينكحها على حرة؟ على روايتين. وإن جمع بينهما في عقد واحد جاز ويتخرج أن لا يجوز وليس له نكاح سيدته، ولا للحر أن يتزوج أمته[2] ولا أمة ابنه[3] ويجوز للعبد نكاح أمة ابنه[4]. وإن اشترى الحر زوجته انفسخ نكاحها، وإن

---

(١) قوله: «وإن تزوج حرة إلخ» إذا تزوج حرة أو أمة فلم تعفه ولم يجد طولا لحرة فالصحيح من المذهب أنه يجوز له ذلك إذا كان فيه الشرطان قائمين قال أحمد: إذا خشي العنت تزوج أربعا إذا لم يصبر كيف يصنع، وهذا قول الزهري والحارث العكلي ومالك وأصحاب الرأي، وعنه أنه قال: لا يعجبني إلا أن يتزوج أمة واحدة يذهب إلى حديث ابن عباس أنه قال: إن الحر لا يتزوج من الإماء إلا واحدة وقرأ ﴿ ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِيَ ٱلْعَنَتَ مِنكُمْ ﴾ وبه قال قتادة والشافعي وابن المنذر والصحيح من المذهب أنه لا ينكح إلا أمة واحدة إلا إذا لم تعفه فإن لم تعفه ولم يجد طولا لنكاح حرة فله نكاح أمة ثانية فإن لم تعفه فله نكاح ثالثة فإن لم تعفه فله نكاح رابعة فإن كان تحته حرة فلم تعفه ففيها الروايتان أيضاً مثل نكاح الأمة الأخرى فإذا كانت الحرة تعفه أو الأمة فلا خلاف في تحريم نكاح الأمة الأخرى فإن نكح أمتين في عقد وهو يستعف بإحداهما فنكاحهما باطل. المبدع (١٤٢/٦-١٤٣).

على قوله: «على روايتين» إحداهما له ذلك وهي المذهب وهو قول مالك والشافعي والثانية لا يجوز وهو قول أصحاب الرأي لأنه يروى عن سعيد بن المسيب أنه قال: تنكح الحرة على الأمة ولا تنكح الأمة على الحرة. الشرح الكبير(٢٣٢/٤).

على قوله: «جاز» هذا على القول بالجواز.

على قوله: «وليس له نكاح سيدته» إجماعاً. المبدع(١٤٤/٦).

(٢) على قوله: «ولا للحر أن يتزوج أمته» بلا خلاف وكذا لو كان له بعضها لأن ملك الرقبة يفيد إباحة البضع فلا يجتمع مع عقد أضعف منه. المبدع(١٤٤/٦).

(٣) على قوله: «ولا أمة ابنه» على الصحيح من المذهب لأن له فيه شبهة ملك لقوله ﷺ :«أنت ومالك لأبيك» ويجوز للابن تزوج أمة والده على الصحيح من المذهب. المبدع(١٤٤/٦).

(٤) على قوله: «ويجوز للعبد نكاح أمة ابنه» بلا نزاع؛ لأن الرق قطع ولايته عن ابنه، وكذا يجوز للمرأة نكاح عبد ولدها إذا كانت رقيقة. المبدع(١٤٤/٦).

اشتراها ابنه فعلى وجهين[1]، ومن جمع بين محرمة ومحللة في عقد واحد فهل يصح فيمن تحل؟ على روايتين[2]. ومن حرم نكاحها حرم وطؤها بملك اليمين إلا إماء أهل الكتاب[3].

---

(١) على قوله : «فعلى وجهين» وهما روايتان إحداهما ينفسخ وهو المذهب. الإنصاف (١٤٨/٨).

(٢) على قوله: «على روايتين» إحداهما: وهي المذهب يصح. الإنصاف(١٤٩/٨).

(٣) قوله: «ومن حرم إلخ» الكلام في هذه المسألة في فصلين أحدهما أن إماء أهل الكتاب حلال وهذا قول عامة أهل العلم إلا الحسن. الثاني من حرم نكاح حرائرهم من المجوسيات وسائر الكوافر سوى أهل الكتاب لا يباح وطء الإماء منهن بملك اليمين وهذا قول أكثر أهل العلم، واختار الشيخ تقي الدين جواز وطء إماء غير أهل الكتاب وذكره ابن أبي شيبة في كتابه عن سعيد بن المسيب وعطاء وطاوس وعمرو بن دينار لقوله تعالى: ﴿ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ ﴾ ولما روى أبو سعيد أن رسول الله ﷺ بعث يوم حنين بعثا قبل أوطاس فأصابوا لهم سبايا فكأن ناساً من أصحاب رسول الله ﷺ تحرجوا من غشيانهن ، من أجـــل أزواجهن من المشركين ، فأنزل الله عز وجل في ذلك ﴿ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ ﴾ الآية قال فهن لهم حلال إذا انقضت عدتهن. وعنه أن رسول الله ﷺ قال في سبايا أوطاس: «لا توطأ حامل حتى تضع ولا غير ذات حمل حتى تحيض حيضة» رواهما أبو داود وهم عبدة أوثان؛ وهذا ظاهر في إباحتهن ولأن الصحابة في عصر النبي ﷺ كان أكثر سباياهم من كفار العرب وهم عبدة أوثان فلم يكونوا يرون تحريمهن لذلك . ولا نقل عن النبي ﷺ تحريمهن ولا أمر الصحابة باجتنابهن، قال الشارح: وهذا ظاهر في إباحتهن لولا اتفاق سائر أهل العلم على خلافه قال: في الإنصاف ولا يصح ادعاء الإجماع مع مخالفة هؤلاء انتهى يعني مخالفة من ذكرناهم في أول المسألة. انظر/ الشرح الكبير (٢٣٥/٤) المبدع (٦/ ١٤٥)، الإنصاف (١٥٠/٨).

على قوله: «ومن حرم نكاحها حرم وطؤها بملك اليمين إلخ» قال ابن القيم في الهدي في أثناء كلامه على تحريم نكاح المحصنات من النساء إلا ملك اليمين قال رحمه الله تعالى: لما ذكر حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ بعث جيشاً إلى أوطاس فلقى عدو فقاتلوهم فظهروا عليهم وأصابوا سبايا وكأن ناسا من أصحاب رسول الله ﷺ تحرجوا من غشيانهن من أجل أزواجهن من المشركين فأنزل الله عز وجل في ذلك ﴿ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ ﴾ أي فهن لكم حلال إذا انقضت عدتهن رواه مسلم، قال: فتضمن=

فصل

ولا يحل نكاح خنثى مشكل حتى يتبين أمره نص عليه، وقال الخرقي إذا قال أنا رجل لم يمنع من نكاح النساء، ولم يكن له أن ينكح بغير ذلك بعد، وإن قال أنا امرأة لم ينكح إلا رجلاً فلو تزوج امرأة ثم قال أنا امرأة انفسخ نكاحه، ولو زوج برجل ثم قال: أنا رجل لم يقبل قوله في فسخ النكاح.

= هذا الحكم إباحة وطء المسبية وإن كان لها زوج من الكفار وهذا يدل على انفساخ نكاحه وزوال عصمة بضع امرأته وهذا هو الصواب لأنه قد استولى على محل حقه وعلى رقبة زوجته وصار سابيها أحق بها منه، فكيف يحرم بضعها عليه فهذا القول لا نص ولا قياس، والذين قالوا من أصحاب أحمد وغيرهم أن وطأها إنما يباح إذا سبيت وحدها قالوا: لأن الزوج يكون بقاؤه مجهولاً، والمجهول كالمعلوم، فيجوز وطؤها بعد الاستبراء، فإذا كان الزوج معها لم يجز وطؤها مع بقائه، فأورد عليهم ما لو سبيت وحدها وتيقنا بقاء زوجها في دار الحرب فإنكم تجوزون وطأها، فأجابوا بما لا يجدي شيئا وقالوا الأصل لحاق الفرد بالأعم الأغلب، فيقال لهم الأعم الأغلب بقاء أزواج المسبيات إذا سبين منفردات وموتهم كلهم نادر جداً. قال ودل هذا القضاء النبوى على جواز وطء الإماء الوثنيات بملك اليمين فإن سبايا أوطاس لم يكن كتابيات ولم يشترط رسول الله ﷺ في وطئهن إسلامهن ولم يجعل المانع منه إلا الاستبراء فقط، وتأخير البيان عن وقت الحاجة ممتنع ومعه حديثو العهد بالإسلام الذين يخفى عليهم حكم هذه المسألة وحصول الإسلام من جميع السبايا وكانو عدة آلاف بحيث لم يتخلف عن الإسلام جارية واحدة مما يعلم أنه في غاية البعد فإنهن لم يكرهن على الإسلام ولم يكن لهن من البصيرة والرغبة والمحبة في الإسلام ما يقتضى مبادرتهن إليه جميعاً، فمقتضى السنة وعمل الصحابة في عهد رسول الله ﷺ وبعده جواز وطء المملوكات على أى دين كن وهذا مذهب طاوس وغيره وقواه صاحب المغني فيه ورجح أدلته. ومما يدل على عدم اشتراط إسلامهن ما روى الترمذي في جامعه عن عرباض بن سارية «أن النبي ﷺ حرم وطء السبايا حتى يضعن ما في بطونهن» فجعل للتحريم غاية واحدة وهي وضع الحمل ولو كان متوقفا على الإسلام لكان بيانه أهم من بيان الاستبراء وفي السنن والمسند عنه: «لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يقع على امرأة من السبي حتى يستبرئها» ولم يقل حتى تسلم ولأحمد «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا ينكحن شيئاً من السبايا حتى يحضن» ولم يقل وتسلم فلم يجئ عنه اشتراط إسلام المسبية في موضع واحد البتة.

باب الشروط في النكاح [1]

وهي قسمان: صحيح مثل اشتراط زيادة في المهر[2] أو نقد معين أو أن لا يخرجها من دارها أو بلدها أو لا يتزوج عليها ولا يتسرى[3]، فهذا صحيح

---

(١) قوله: «الشروط في النكاح» الشروط المعتبرة في هذا الباب محل ذكرها صلب العقد كأن يقول زوجتك ابنتي فلانة بشرط كذا، وقال الشيخ تقي الدين: وكذا لو اتفقا عليه قبل العقد في ظاهر المذهب، وقال هذا جواب أحمد في مسائل الحيل لأن الأمر بالوفاء بالشروط والعقود والعهود يتناول ذلك تناولاً واحداً قال الزركشي: وهذا ظاهر إطلاق الخرقي وأبي الخطاب وأبي محمد وغيرهم وقال الشيخ تقي الدين في فتاويه: إنه ظاهر المذهب ومنصوص أحمد وقول قدماء أصحابه ومحققي المتأخرين انتهى. قال في الإنصاف: وهو الصواب الذي لا شك فيه. قلت وقطع به في الإقناع والمنتهي فيكون المذهب. المبدع(١٤٧/٦، الإنصاف(١٥٢/٨).

[فائدة] لو وقع الشرط بعد العقد ولزومه فالمنصوص عن أحمد أنه لا يلزمه. الإنصاف (١٥٢/٨).

(٢) قوله: «مثل اشتراط إلخ» هذا المذهب بلا ريب وعليه الأصحاب وهو من مفردات المذهب لما روى عقبة بن عامر مرفوعا قال: إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج رواه الشيخان ولعمومات الأمر بالوفاء بالعقود والعهود ولأن الشارع حرم مال الغير إلا عن تراض منه ولا شك أن المرأة لم ترض ببذل فرجها إلا بهذا الشرط، مع أن الأثرم روى بإسناده«أن رجلاً تزوج امرأة وشرط لها دارها فأراد نقلها فخاصموه إلى عمر فقال: لها شرطها. انظر/ المبدع(١٤٧/٦، الشرح الكبير(٢٣٦/٤-٢٣٧).

[فوائد] اختار الشيخ تقي الدين صحة شرط أن لا يتزوج عليها أو إن تزوج عليها فلها تطليقها. انظر الإنصاف(١٥٣/٨).

(الثانية) ظاهر كلام الإمام أحمد صحة دفع كل واحد من الزوجين إلى الآخر مالا على أن لا يتزوج إما الزوج مطلقا وإما الزوجة بعد موت زوجها ومتى لم يف بالشرط لم يستحق العوض . الإنصاف(١٥٣/٨).

(الثالثة) لا يجب الوفاء بالشرط بل يسن فإن لم يفعل فلها الفسخ بفعله لا بعزم والفسخ على التراخي ولا يسقط إلا بما يدل على الرضا من قول أو تمكين منها مع العلم بفعله ما شرطت أن لا يفعله فإن لم تعلم بعدم الوفاء ومكنته لم يسقط خيارها.

(٣) على قوله: «ولا يتسرى» أو أن لا يفرق بينها وبين أبويها أو أولادها أو ترضع ولدها الصغير أو شرط لها بيع أمته. =

لازم إن وفى به وإلا فلها الفسخ، وإن شرط لها طلاق ضرتها فقال أبو الخطاب: هو صحيح، ويحتمل أنه باطل لقول رسول الله ﷺ: «**لا تسأل المرأة طلاق أختها لتكتفئ ما في صحفتها ولتنكح، فإن لها ما قدر لها**»(١).

باب الشروط في النكاح

«**لتكتفئ ما في صحفتها**» تكتفئ مهموزاً: تفتعل، من كفأت القدر: إذا كببتها لتفرغ ما فيها، يقال: كفأت الإناء، وأكفأته: إذا كببته، وإذا أملته، وهذا تمثيل لإمالة الضرة حق صاحبتها من زوجها إلى نفسها إذا سألت طلاقها، والصحفة: إناء، كالقصعة المبسوطة.

= على قوله: «ولا يتسرى» وإن شرط عليه أن لا يتزوج ولا يتسرى عليها ففعل ثم قبل أن تفسخ طلق أو باع، قال في الاختيارات: قياس المذهب أنها لا تملك الفسخ.

(١) قوله: «لا تسأل المرأة إلخ» الحديث رواه البخاري من حديث أبي هريرة وصحح المؤلف أن هذا الشرط لا يصح، وقال: لم أره قاله أبو الخطاب لغيره، قلت: الذي اختاره أكثر الأصحاب أن هذا الشرط صحيح وجزم به المتأخرون في كتبهم. المبدع(٦/١٤٨).

[فائدة] لا تلزم هذه الشروط إلا في النكاح الذي شرطت فيه فإن بانت منه ثم تزوجها ثانياً لم يعد الشرط. انظر/ الإنصاف(٨/١٥٦).

[فائدة] لو شرطت أن لا تسلم نفسها مدة معينة لم يصح ذكره ابن عقيل في المفردات وأبو الخطاب في الانتصار، وقال الشيخ تقي الدين قياس المذهب صحته كاشتراط تأخير التسليم في البيع والإجارة وكما لو شرطت أن لا يخرجها من دارها. الإنصاف(٨/١٥٦).

فصل

القسم الثاني فاسد وهو ثلاثة أنواع: (أحدها) ما يبطل النكاح وهو ثلاثة أشياء أحدها نكاح الشغار، وهو أن يزوجه وليته على أن يزوجه الآخر وليته ولا مهر بينهما[1]، فإن سموا مهرا صح نص عليه[2]، وقال الخرقي: لا يصح[3].

«**نكاح الشغار**» سمي شغاراً، لارتفاع المهر بينهما، من شغر الكلب: إذا رفع رجله ليبول، ويجوز أن يكون من شغر البلد: إذا خلا، لخلو العقد عن الصداق، ومعناه: ما ذكره المصنف رحمه الله تعالى .

---

(١) قوله: «وهو أن يزوجه وليته إلخ» سمى شغارا لقبحه تشبيها برفع الكلب رجله ليبول يقال شغر الكلب إذا فعل ذلك، وقيل: هو البعد كأنه بعد عن طريق الحق. وقال الشيخ تقي الدين: الأظهر أنه من الخلو يقال شغر المكان إذا خلا ومكان شاغر أي خال وشغر الكلب إذا رفع رجله لأنه أخلى ذلك المكان من رجله. وهو نكاح باطل لما روى نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ نهى عن الشغار والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته وليس بينهما صداق متفق عليه، وأبو داود جعل تفسيره من كلام نافع، وعن ابن عمر مرفوعا قال «لا شغار في الإسلام» رواه مسلم وروى نحوه من حديث عمران بن حصين وأنس وجابر فالنهي يدل على الفساد، والنهي لنفي الحقيقة الشرعية ويؤيده فعل الصحابة، قال أحمد: روي عن عمر وزيد أهما فرقا فيه، وعنه يصح العقد ويفسد الشرط فعليه لها مهر المثل. انظر/ المبدع(٦/٢٣٨)، الشرح الكبير(٦/١٤٩-١٥٠).

(٢) قوله: «فإن سموا إلخ» هذا المذهب وعليه جماهير من الأصحاب لحديث ابن عمر إذ التفسير إن كان من النبي ﷺ فظاهر وإن كان من نافع فهو راوى الحديث وقد فسره بما لا يخالف ظاهره فيتبع. المبدع(٦/١٥٠).

(٣) قوله: «وقال الخرقي إلخ» وحكاه في الجامع رواية لما روى عبد الرحمن بن هرمز الأعرج أن العباس بن عبد الله بن العباس أنكح عبد الرحمن بن الحكم ابنته وأنكحه عبد الرحمن ابنته وقد كانا جعلا صداقا فكتب معاوية إلى مروان بن الحكم يأمره بالتفريق بينهما وقال: هذا الشغار الذي نهي عنه النبي ﷺ رواه أحمد وأبو داود وجوابه بأن أحمد ضعفه من قبل ابن إسحاق وبأنه يحمل على أهما جعلا صداقا قليلا حيلة. المبدع(٦/١٥٠-١٥١).

[تنبيه] مراده بقوله فإن سموا مهرا صح أن يكون المهر مستقلا غير قليل ولا حيلة نص عليه، وقيل يصح إن كان مهر المثل وإلا فلا فعلى المذهب لو سمي لإحداهما مهر ولم يسم للأخرى شيء فسد نكاح من لم يسم لها صداق لا غير، قال المصنف والشارح: هذا أولى، وقال أبو بكر: يفسد فيهما وجزم به في الرعاية الصغرى. انظر/ الإنصاف(٨/١٥٨).

الثاني نكاح المحلل، وهو أن يتزوجها على أنه إذا أحلها طلقها[1] فإن نوى ذلك من غير شرط لم يصح أيضاً في ظاهر المذهب[2]، وقيل يكره ويصح. الثالث: نكاح المتعة، وهو أن يتزوجها إلى مدة[3] ونكاح شرط فيه طلاقها

---

(١) قوله: «الثاني نكاح المحلل إلخ» الصحيح من المذهب أن نكاح المحلل باطل مع شرطه نص عليه وعليه الأصحاب وهو قول أكثر العلماء لما روى ابن مسعود قال: «لعن رسول الله ﷺ المحلل والمحلل له» رواه أحمد والنسائي والترمذي وصححه، وعن علي مثله رواه الخمسة إلا النسائي وعن أبي هريرة كذلك رواه أحمد وعن عقبة بن عامر قال قال رسول الله ﷺ: «ألا أخبركم بالتيس المستعار، قالوا: بلى يا رسول الله، قال: هو المحلل لعنه رسول الله ﷺ » رواه ابن ماجه وهو عليه السلام لا يلعن على فعل جائز فدل ذلك على تحريمه وفساده وعن جابر قال سمعت عمر يخطب وهو يقول: والله إني لا أوتي بمحلل ولا محلل له إلا رجمتهما رواه الأثرم وهو قول الفقهاء من التابعين، وعنه يصح العقد ويبطل الشرط. الشرح الكبير(٤ /٢٣٩-٢٤٠)، المبدع(١٥١/٦-١٥٢).

(٢) قوله: «فإن نوى ذلك إلخ» هذا المذهب إذا لم يرجع عند العقد لعموم المذهب فلو شرط عليه قبل العقد أن يحلها ثم نوى عند العقد غير ما شرطوا عليه وأنه نكاح رغبة صح قاله المصنف وغيره، وعلى هذا يحمل حديث ذي الرقعتين وهو ما روى أبو حفص بإسناده عن محمد بن سيرين قال: قدم مكة رجل ومعه إخوة له صغار وعليه إزار من بين يديه رقعة ومن خلفه رقعة فسأل عمر فلم يعطه شيئاً فبينما هو كذلك إذ نزغ الشيطان بين رجل من قريش وبين امرأته فطلقها ثلاثا، فقال هل لك أن تعطى ذا الرقعتين شيئاً ويحلك لي؟ قالت نعم إن شئت فأخبروه بذلك قال نعم فتزوجها فدخل بها، فلما أصبحت أدخلت إخوته الدار، فجاء القرشي يحوم حول الدار فقال يا ويله غلب على امرأته فأتى عمر فقال يا أمير المؤمنين غلبت على امرأتي قال من غلبك قال ذو الرقعتين قال أرسلوا إليه فلما جاءه الرسول قالت له المرأة كيف موضعك من قومك قال ليس بموضعي بأس قالت إن أمير المؤمنين يقول لك طلق امرأتك، فقل لا والله لا أطلقها فإنه لا يكرهك فألبسته حلة فلما رآه عمر من بعيد قال الحمد لله الذي رزق ذا الرقعتين فدخل عليه فقال أتطلق امرأتك؟ فقال لا والله لا أطلقها، فقال عمر لو طلقتها لأوجعت رأسك بالسوط وروواه أيضاً سعيد بسنده بنحو من هذا. انظر المبدع(١٥٢/٦، الشرح الكبير(٢٤٠/٤).

(٣) قوله: «وهي أن يتزوجها إلى مدة» أي سواء كانت المدة معلومة أو مجهولة وهذا الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب مثل أن يقول زوجتك ابنتي سنة أو شهراً=

في وقت(١) أو علق ابتداءه على شرط(٢).

«**نكاح المتعة**» هو: من التمتع بالشيء: الانتفاع به، يقال: تمتعت أتمتع تمتعاً، والاسم: المتعة، كأنه ينتفع إلى مدة معلومة، وقد فسر معناه أيضاً.

«**أو نسيبة**» أي: ذات نسب صحيح شريف يرغب في مثله شرعاً، مثل كونها من أولاد العلماء والصلحاء.

= أو إلى انقضاء الموسم أو قدوم الحاج لما روي عن علي رضي الله عنه «أن النبي ﷺ نهى عن نكاح المتعة وعن لحوم الحمر الأهلية» متفق عليه وروى الربيع بن سبرة أنه قال أشهد على أبي أنه حدث أن رسول الله ﷺ نهى عنه في حجة الوداع، وفي لفظ أن رسول الله ﷺ حرم متعة النساء رواه أبو داود إلى غير ذلك من الآثار، وعنه يكره ويصح. المبدع(١٥٤/٦).

[فائدة] لو نوى بقلبه فهو كما لو شرطه على الصحيح من المذهب نص عليه وعليه الأصحاب نقل أبو داود فيها هو شبيه بالمتعة لا حتى يتزوجها على أنها امرأته ما حييت، وقيل: يصح وجزم به في المغني والشرح وقالا هذا قول عامة أهل العلم إلا الأوزاعي كما لو نوى إن وافقته وإلا طلقها، قال الشيخ تقي الدين لم أر أحداً من الأصحاب قال لا بأس به وما قاس عليه لا ريب أنه موجب العقد بخلاف ما تقدم فإنه ينافيه لقصده التوقيت. الإنصاف(١٦١/٨)، المغني (٥٧٣/٧) الشرح الكبير(٢٤٣/٤).

على قوله: «وهي أن يتزوجها إلى مدة» أو يقول أمتعيني نفسك فتقول أمتعتك نفسي لا بولي ولا شاهد. المبدع(١٥٤/٦).

(١) قوله: «ونكاح إلخ» هذا الصحيح من المذهب سواء كان معلوما او مجهولاً لأنه شرط مانع من بقاء النكاح وعنه يصح العقد دون الشرط.

(٢) قوله: «أو علق ابتداءه إلخ» هذا الصحيح من المذهب لأن النكاح عقد معاوضة فيبطل تعليقه على شرط كالبيع وعنه يصح قال الشيخ تقي الدين ذكر القاضي وغيره روايتين والأنص من كلامه جوازه، قال ابن رجب: ورواية الصحة أقوى واختاره صاحب الفائق وقال فيه نصره شيخنا. انظر/ المبدع(١٥٤/٦، الإنصاف (١٦١/٨).

على قوله: «فهذا كله باطل من أصله» فعلى هذا يفسخ الحاكم النكاح لأنه مختلف فيه ولا شيء عليه من المهر إن لم يدخل وإن دخل بها فعليه مهر المثل وإن كان فيه مهر مسمى. المبدع(١٥٤/٦-١٥٥).

كقوله زوجتك إذا جاء رأس الشهر أو إن رضيت أمها فهذا كله باطل من أصله. (النوع الثاني) أن يشترط أنه لا مهر لها ولا نفقة [(١)] أو يقسم لها أكثر من امرأته الأخرى أو أقل فالشرط باطل ويصح النكاح. (الثالث) أن يشترط[(٢)] الخيار أو إن جاءها بالمهر في وقت وإلا فلا نكاح بينهما فالشرط باطل وفي صحة النكاح روايتان.

فصل

فإن تزوجها على أنها مسلمة فبانت كتابية فله الخيار، وإن شرطها كتابية فبانت مسلمة فلا خيار له، وقال أبو بكر: له الخيار، وإن شرطها أمة فبانت حرة فلا خيار له، وإن شرطها بكراً أو جميلة أو نسيبة أو شرط نفى العيوب

---

(١) قوله: «النوع الثاني إلخ» هذا المذهب وقيل يبطل النكاح قال الشيخ تقي الدين ويحتمل صحة شرط عدم النفقة قال لا سيما إذا قلنا إنه إذا أعسر الزوج ورضيت به أنها لا تملك المطالبة بعد واختار فيما إذا شرط أن لا مهر فساد العقد وأنه قول أكثر السلف، واختار أيضاً الصحة فيما إذا شرط عدم الوطء كشرط ترك ما يستحقه وقال أيضاً لو شرطت مقام ولدها عندها ونفقته على الزوج كان مثل اشتراط الزيادة في الصداق ويرجع في ذلك إلى العرف كالأجير بطعامه وكسوته. المبدع(٦/١٥٥)، الإنصاف(٨/١٦٢-١٦٣).

على قوله: «فالشرط باطل ويصح النكاح» أو شرط أن يعزل عنها أو أن لا يكون عندها في الجمعة إلا ليلة أو أن لا تسلم نفسها إليه أو بعد مدة معينة أو أن يسافر بها إذا أرادت الانتقال أو يسكن بها حيث شاءت أو شاء أبوها أو غيره أو تستدعيه إلى الجماع في وقت حاجتها أو شرط لها النهار دون الليل أو أن تنفق عليه أو تعطيه شيئاً صح العقد وبطل الشرط. المبدع(٦/١٥٥).

(٢) قوله: «الثالث إلخ» هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب ويصح العقد على المذهب أيضاً، واختار الشيخ تقي الدين صحة العقد والشرط فيما إذا شرط الخيار. وقال ابن المنذر: قال أحمد وإسحاق: إذا تزوجها على أنه إن جاءها بالمهر في وقت كذا وإلا فلا نكاح بينهما الشرط باطل والعقد جائز وهو قول عطاء والثوري وأبي حنيفة والأوزاعي. انظر/ الشرح الكبير(٤/٢٤٤).

على قوله: «فبانت مسلمة فلا خيار له» هذا المذهب. الإنصاف(٨/١٦٤).

على قوله: «فبانت حرة فلا خيار له» هذا المذهب وعليه الجمهور، وقيل له الخيار، وكذا الحكم في كل صفة شرطها فبانت أعلى منها. المبدع(٦/١٥٦).

التي لا ينفسخ بها النكاح فبانت بخلافه فهل له الخيار؟ على وجهين[1] وإن تزوج أمة يظنها حرة فأصابها وولدت منه فالولد حر[2] ويفديهم بمثلهم يوم ولادتهم ويرجع بذلك على من غره ويفرق بينهما إن لم يكن ممن يجوز له نكاح الإماء[3]، وإن كان ممن يجوز له ذلك فله الخيار[4]، فإن رضي بالمقام معها فما ولدت بعد ذلك فهو رقيق، وإن كان المغرور عبدا فولده أحرار[5] ويفديهم

---

(١) قوله: «وإن شرطها بكرا إلخ» وهما روايتان إحداهما له الخيار وهو الصحيح من المذهب واختاره الشيخ تقي الدين قال في الإنصاف وهو الصواب. الإنصاف(٨/ ١٦٥-١٦٦).

(٢) قوله: «وإن تزوج أمة إلخ» الكلام في هذه المسألة في فصول: أحدهما أن نكاح الغرور لا يفسد وهو قول أبي حنيفة. الثاني: أن أولاده منها أحرار بغير خلاف نعلمه. الثالث: أن على الزوج فداء أولاده وهو المذهب كذلك قضى عمر وعلي وابن عباس وهو قول مالك والثوري والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي، وعنه ليس عليه فداؤهم لأنهم ينعقدون أحرار الأصل. الرابع: أن فداءهم يوم ولادتهم وهذا المذهب قضى به عمر وعلي وابن عباس وهو قول الشافعي. الشرح الكبير (٤/٢٤٥-٢٤٦).

على قوله: «يظنها حرة» أو شرطها حرة فبانت أمة. المبدع(٦/١٥٧).

على قوله: «ويرجع بذلك على من غره» وكذا المهر فإن كان الغرور من السيد عتقت وإن كان بلفظ غير هذا لم يثبت الحرية فلا شيء له لأنه لا فائدة في أن يجب له ما يرجع به عليه. المبدع(٦/١٥٨، الإنصاف(٨/١٧٠).

(٣) قوله: «ويفرق بينهما إلخ» أى فيكون العقد فاسداً على المذهب ولا مهر فيه إن كان قبل الدخول. وإن دخل بها فعليه مهرها. وهل يجب المسمى أو مهر المثل؟ على روايتين. فالصحيح من المذهب أنه يجب المسمى ويرجع به على من غره وكذلك إن كان ممن يجوز له نكاح الإماء لكن تزوجها بغير إذن سيده أو نحو ذلك مما يفسد به النكاح. المبدع(٦/١٥٩).

(٤) على قوله: «فله الخيار» بأن اجتمعت فيه الشروط وهذا المذهب وهذا ظاهر مذهب الشافعي، وقال أبو حنيفة: لا خيار له، لأن الكفاءة لا تعتبر في جانب المرأة . انظر/ الشرح الكبير(٤/٢٤٨).

(٥) قوله: «وإن كان المغرور عبدا إلخ» أى فيثبت له الخيار فإن اختار الإقامة فالمهر واجب لا يرجع به على أحد، وإن اختار الفسخ قبل الدخول فلا مهر، وإن كان بعده والنكاح بإذن سيده فالمهر واجب عليه يرجع به على من غره، وإن دخل =

إذا عتق ويرجع به على من غره، وإن تزوجت رجلاً على أنه حر أو تظنه حرا فبان عبدا فلها الخيار[1].

فصل

فإن عتقت الأمة وزوجها حر فلا خيار لها في ظاهر المذهب [2] ، وإن كان

= بها ففى قدر ما يجب وجهان أحدهما مهر المثل والثاني: المسمى. المبدع(٦/ ١٥٩-١٦٠)، الإنصاف(٨/١٧٠).

على قوله: ((ويفديهم إذا عتق)) ويثبت له الخيار كالحر الذي يحل له نكاح الإماء .

على قوله: ((إذا عتق)) ويكون الفداء متعلقا بذمته وهذا المذهب، وقال أبو حنيفة: ولده رقيق لأن أباه رقيق. المبدع(٦/١٦٠، الشرح الكبير(٤/٢٤٩).

(١) قوله: ((تظنه حرا إلخ)) أى فيكون النكاح صحيحاً ويثبت لها الخيار وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي لأن اختلاف الصفة لا يمنع صحة العقد، كما لو تزوج أمة على أنها حرة، وهذا إذا كملت الشروط وكان بإذن سيده وإن كانت المرأة حرة وقلنا الحرية ليست من شروط الكفاءة وإن فقد الكفاءة لا يبطل النكاح فهو صحيح وللمرأة الخيار بين الفسخ والإمضاء فإن اختارت إمضائه فلأوليائها الاعتراض عليها لعدم الكفاءة وإن كانت أمة فينبغي أن يكون لها الخيار أيضاً لأنه لما ثبت الخيار للعبد إذا غر بأمة ثبت للأمة إذا غرت بعبد. وكل موضع حكمنا بفساد العقد فيه ففرق بينهما قبل الدخول فلا مهر لها وإن كان بعده فلها مهر المثل أو المسمى على ما تقدم من الاختلاف، وكل موضع فسخ النكاح مع القول بصحته قبل الدخول فلا شيء لها، وإن كان بعده فلها المسمى. انظر/ الشرح الكبير (٤/٢٥٠).

[فائدة] لو أبيح للحر نكاح أمة فنكحها و لم يشرط حرية أولاده فهم أرقاء للسيد على الصحيح من المذهب، وعنه أن ولد العربي يكون حرا وعلى أبيه فداؤه.

(٢) قوله: ((وإن عتقت الأمة إلخ)) وهو المذهب المنصوص وعليه جماهير الأصحاب وهو قول ابن عمر وابن عباس والأكثر، وعنه لها الخيار قدمها في المحرر واختار الشيخ تقي الدين وغيره أن لها الفسخ تحت حر وإن كان زوج بريرة عبدا لأنها ملكت رقبتها فلا تملك عليها إلا باختيارها ووجه هذه الرواية ما روى أحمد وأبو داود والترمذي وغيرهم عن الأسود عن عائشة أن النبي ﷺ خير بريرة وكان زوجها حرا وجوابه بأنها كافأت زوجها في الكمال فلم يثبت لها خيار كما لو أسلمت الكتابية تحت مسلم، وعن الخبر بأن ابن عباس قال كان زوج بريرة عبدا رواه البخارى، وروى مسلم من حديث القاسم وعروة عن عائشة أن بريرة كان زوجها عبدا وقالت لو كان حرا لم يخيرها النبي ﷺ قال البخارى قول الأسود=

عبدا فلها الخيار في فسخ النكاح [1]، ولها الفسخ بغير حكم حاكم، فإن أعتق قبل فسخها أو أمكنته من وطئها بطل خيارها[2]، فإن ادعت الجهل بالعتق وهو مما يجوز جهله أو الجهل بملك الفسخ فالقول قولها[3] وقال الخرقي: يبطل خيارها علمت أو لم تعلم[4]، وخيار المعتقة على التراخي ما لم

= منقطع ثم عائشة عمة القاسم وخالة عروة فروايتهما عنها أولى من رواية أجنبي يسمع من وراء حجاب. المبدع(٦/١٦٠-١٦١)، الشرح الكبير(٤/٢٥٠-٢٥١).

(١) قوله: «وإن كان عبدا إلخ» وذلك بالإجماع لحديث بريرة ولها الفسخ بغير حكم حاكم بلا نزاع وإن رضيت بالمقام فلا لأنها أسقطت حقها فإن عتق بعضها فلا خيار لها على المذهب، وعنه بلى ويكون الفسخ على التراخي ما لم ترض به لأنه فسخ مجمع عليه غير مجتهد فيه كالرد بالعيب فإن اختارت الفراق كان فسخا وليس بطلاق في قول الجمهور، قال أحمد الطلاق ما تكلم به فعلى هذا لو قالت اخترت نفسى أو فسخت النكاح انفسخ، ولو قالت طلقت نفسي ونوت المفارقة كان كناية في الفسخ. المبدع(٦/١٦١)، الشرح الكبير(٤/٢٥١).

(٢) قوله: «فإن أعتق إلخ» إذا أعتق قبل فسخها سقط خيارها على الصحيح من المذهب لأنه إنما كان يدفع الضرر بالرق وقد زال بعتقه فسقط كالمبيع إذا زال عيبه وأما إذا أمكنته من وطئها بطل خيارها أيضاً وهو المذهب روى عن ابن عمر وحفصة رواه مالك ولقوله عليه الصلاة والسلام فإن قربك فلا خيار لك رواه أبو داود والدارقطني بإسناد حسن وسواء علمت بالخيار أو لا وهو المذهب، وذكر القاضي أن لها الخيار إذا لم تعلم. انظر/ المبدع(٦/١٦١).

(٣) قوله: «وإن ادعت الجهل إلخ» أى إذا أمكنته من نفسها مختارة وادعت الجهل بالعتق وهي ممن يجوز خفاء ذلك عليها مثل أن يعتقها وهو في بلد آخر أو ادعت الجهل بملك الفسخ فقدم المصنف هنا قبول قولها ولكن مع يمينها ولها الخيار وهو إحدى الروايتين. المبدع(٦/١٦٢).

(٤) قوله: «وقال الخرقي» وهذا المذهب نص عليه في رواية الجماعة فيهما لقول حفصة لامرأة عتقت تحت عبد: أمرك بيدك ما لم يمسك فإن مسك فليس لك من الأمر شيء رواه مالك، ولأنه خيار عيب فيسقط بالتصرف فيه مع الجهالة كخيار الرد بالعيب. المبدع(٦/١٦٢).

[فوائد] حكم مباشرته لها حكم وطئها وكذا تقبيلها أو مناطها ما يدل على=

يوجد منها ما يدل على الرضا[1]، فإن كانت صغيرة أو مجنونة فلها الخيار إذا بلغت وعقلت[2] وليس لوليها الاختيار عنها، فإن طلقت قبل اختيارها وقع الطلاق[3]، وإن عتقت المعتدة الرجعية فلها[4] الخيار، فإن رضيت بالمقام فهل يبطل خيارها؟ على وجهين[5]. ومتى اختارت المعتقة

= الرضا. الإنصاف(١٧٧/٨).

(الثانية) يجوز للزوج الإقدام على الوطء إذا كانت غير عالمة. الإنصاف(١٧٧/٨).

(الثالثة) لو بذل الزوج لها عوضا على أن تختاره جاز نص عليه. الإنصاف(٨/ ١٧٧).

(الرابعة) قال الشيخ تقي الدين لو شرط المعتق عليها دوام النكاح تحت حر أو عبد إذا أعتقها فرضيت لزمها ذلك قال ويقتضيه مذهب أحمد فإنه يجوز العتق بشرط الإنصاف(١٧٧/٨).

(١) قوله: ((وخيار المعتقة إلخ)) أى بلا خلاف في ذلك ويأتي خيار العيب هل هو على التراخي أو الفور وبه قال ابن عمر وحفصة والأوزاعي والزهري قال ابن عبد البر لا أعلم لهما في الصحابة مخالفاً. المبدع(١٦٢/٦).

(٢) قوله: ((فإن كانت صغيرة إلخ)) ظاهر كلام المصنف أنه ليس لها خيار قبل البلوغ وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب لأنه لا عقل لها ولا قول معتبر. وقيل لها الخيار إذا بلغت تسعاً وهو المذهب وقال ابن عقيل إذا بلغت سبعاً وقال الشيخ تقي الدين: اعتبار صحة إذنها بالتسع والسبع ضعيف لأن هذا ولاية استقلال وولاية الاستقلال لا تثبت إلا بالبلوغ كالعفو عن القصاص والشفعة وكالبيع بخلاف ابتداء العقد فإنه يتولاه الوالى بإذنها فتجتمع الولايتان وبينهما فرق. انتهى. المبدع(١٦٢/٦)، الإنصاف(١٧٨/٨).

(٣) قوله: ((فإن طلقت إلخ)) يعني إذا كان طلاقا بائنا وهذا المذهب لأنه طلاق من زوج في نكاح صحيح. المبدع(١٦٣/٦).

(٤) قوله: ((وإن عتقت المعتدة إلخ)) هذا بلا نزاع سواء عتقت ثم طلقت أو طلقت ثم عتقت لأن نكاحها باق ولها في الفسخ فائدة لأنها لا تأمن رجعته فإن قيل تنفسخ حينئذ فتحتاج إلى عدة أخرى وإذا فسخت في العدة بنت على عدة حرة. المبدع(١٦٣/٦).

(٥) قوله: ((فإن رضيت إلخ)) أحدهما يسقط وهو المذهب لأنها رضيت بالمقام مع جريانها إلى البينونة وذلك ينافي الاختيار. المبدع(١٦٣/٦).

الفرقة بعد الدخول فالمهر للسيد[1] وإن كان قبله[2] فلا مهر. وقال أبو بكر: لسيدها نصف المهر وإن أعتق أحد الشريكين وهو معسر فلا خيـــار لها[3]، قال أبو بكر لها الخيار. وإن أعتق الزوجان معاً فلا خيار لها[4]، وعنه ينفسخ نكاحهما.

---

(١) قوله: ((ومتى اختارت إلخ)) بلا نزاع سواء كان مسمى أو مهر المثل إن لم يكن مسمى. المبدع(١٦٣/٦).

(٢) قوله: ((وإن كان قبله إلخ)) هذا المذهب نص عليه لأن الفرقة كانت من قبلها فهو كما لو أسلمت أو ارتدت وأرضعت من يفسخ نكاحها. المبدع (١٦٣/٦).

(٣) قوله: ((وإن أعتق إلخ)) هذا الصحيح من المذهب نص عليه لأنه لا نص فيها ولا يصح قياسها على المنصوص. المبدع (١٦٤/٦).

[فائدة] لو عتقت الأمة وزوجها بعضه حر معتق فلا خيار لها قدمه في الفروع وقيل لها الخيار جزم به في الترغيب والرعاية الكبرى فلو عتق بعضها والزوج معتق بعضه فلا خيار لها على الصحيح. الإنصاف (١٨١/٨).

(٤) قوله: ((وإن أعتق الزوجان إلخ)) يعني إذا قلنا لا خيار للمعتقة تحت حر وهذا المذهب وسواء أعتقهما واحد أو اثنان نص عليه لأن حرية العبد لو طرأت بعد عتقها لمنعت الفسخ فإذا قارنت كانت أولى. المبدع (١٦٤/٦).

[فائدة] يستحب لمن له عبد وأمة متزوجان البداءة بعتق الرجل لئلا يثبت للمرأة الخيار عليه فينفسخ نكاحه. المبدع (١٦٥/٦).

باب حكم العيوب في النكاح

العيوب المثبتة للفسخ ثلاثة أقسام، أحدها ما يختص بالرجال وهو شيئان[1]: أحدهما أن يكون الرجل مجبوبا قد قطع ذكره أو لم يبق منه إلا ما لا يمكن الجماع به، فإن اختلفا في إمكان الجماع بالباقي فالقول قولها [2] ويحتمل أن القول قوله. الثاني أن يكون عنينا لا يمكنه الوطء[3]، فإن اعترف بذلك أجل سنة منذ ترافعه[4]، فإن وطئ فيها وإلا فلها الفسخ، فإن اعترفت أنه وطئها مرة

---

(١) قوله: ((أحدها ما يختص بالرجال إلخ)) الكلام في ذلك في أربعة فصول: أحدها أن خيار الفسخ يثبت لكل واحد من الزوجين للعيب يجده في الآخر في الجملة روى ذلك عن عمر وابنه وابن عباس وبه قال جابر بن زيد والشافعي وإسحاق وروى عن على لا ترد الحرة بعيب وبه قال النخعي والثورى وأصحاب الرأي. الثاني في عدد العيوب المجوزة للفسخ وهى ثمانية اثنان يختصان الرجل وهما الجب والعنة وثلاثة تختص المرأة وهى الفتق والقرن والعفل وثلاثة يشترك فيهما الزوجان وهى الجذام والجنون والبرص. الشرح الكبير(٤/٢٥٦).

(٢) قوله: ((فإن اختلفا إلخ)) المذهب أن القول قولها وعليه جماهير الأصحاب لأنها تدعى شيئاً يعضده الحال. المبدع(٤/٢٥٧).

على قوله: ((ويحتمل أن القول قوله)) ومحله ما لم تكن بكرا وهو واضح. المبدع(٦/١٦٦).

(٣) قوله: ((الثاني إلخ)) العنين هو العاجز عن الوطء وربما اشتهاه ولا يمكنه مشتق من عن الشيء إذا عرض، وتستحق به المرأة الفسخ بعد أن يضرب له فيها مدة يختبر فيها ويعلم حاله وهو قول عمر وعثمان وابن مسعود والمغيرة بن شعبة وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء وعمرو بن دينار والنخعي وقتادة وحماد وعليه فتوى فقهاء الأمصار منهم مالك وأبو حنيفة وأصحابه والثورى والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأبو عبيد، وشذ الحكم بن عتيبة وداود فقالا لا يؤجل وهى امرأته وروى عن على. انظر/ الشرح الكبير(٤/٢٥٧).

(٤) قوله: ((فإن اعترف بذلك إلخ)) إذا اعترف بالعنة أو قامت بينة بها أجل سنة على الصحيح من المذهب نص عليه وهذا قول عامة أهل العلم ورواه الدارقطني عن عمر وابن مسعود والمغيرة ولا مخالف لهم ورواه أبو حفص عن على قال ابن عبد البر على هذا جماعة القائلين بتأجيله. المبدع(٦/١٦٦).

على قوله: ((فإن اعترف بذلك)) مفهومه أنه إذا لم يعترف لم يؤجل ما لم تقم بينة وهو صحيح وهو المذهب. الإنصاف(٨/١٨٤).

على قوله: (منذ ترافعه)) واختار جماعة من الأصحاب أن لها الفسخ في الحال منهم أبو بكر في التنبيه والمجد في المحرر. المبدع(٦/١٦٧).

بطل كونه عنينا[١]، وإن وطئها في الدبر أو وطئ غيرها لم تزل العنة[٢] ويحتمل أن تزول، فإن ادعى أنه وطئها وقالت إنها عذراء وشهد بذلك امرأة ثقة فالقول قولها وإلا فالقول[٣] قوله، فإن كانت ثيبا فالقول قوله[٤]. وعنه القول قولها. وقال الخرقي: يخلي معهما في بيت ويقال له أخرج ماءك على شيء فإن ادعت أنه ليس بمني جعل على النار فإن ذاب فهو مني وبطل قولها[٥].

---

(١) قوله: «فإن اعترفت إلخ» هذا قول أكثر أهل العلم منهم عطاء، وطاوس والحسن ويحيى الأنصارى والزهري وعمرو بن دينار وقتادة ومالك والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأي. وقال أبو ثور إذا عجز عن الوطء أجل لأنه عجز عن وطئها فثبت حقها. ولنا أنه قد تحققت قدرته على الوطء في هذا النكاح وزوال عنته فلم يضرب له مدة كما لو لم يعجز. الشرح الكبير(٤/٢٥٨).

[فوائد] لو اعتزلت المرأة الرجل لم يحتسب عليه من المدة، ولو عزل نفسه عنها وسافر احتسب عليه ذلك. الإنصاف(٨/١٨٦).

(الثانية) يكفي في زوال العنة تغييب الحشفة على الصحيح من المذهب وعليه أكثر الأصحاب، وقيل يشترط إيلاجه جميعه قطع به القاضي في الجامع فعلى الأول يكفي قدر تغيبها من الذكر المقطوع. الإنصاف(٨/١٨٦).

(الثالثة) إذا علم أن عجزه عن الوطء لعارض من صغر أو مرض مرجو الزوال لم يضرب له مدة وإن كان لكبر أو مرض لا يرجى برؤه ضربت. الشرح الكبير(٤/٢٥٩).

(الرابعة) إذا كان لجب أو شلل ثبت الخيار في الحال لأن الوطء مأيوس منه. الشرح الكبير (٤/٢٥٩).

على قوله: «بطل كونه عنينا» وسواء وطئها في الحيض أو الإحرام وغيرهما وهو المذهب. انظر/ الإنصاف(٨/١٨٦).

(٢) قوله: «وإن وطئها في الدبر إلخ» هذا المذهب لأن الدبر ليس محلا للوطء أشبه ما لو وطئ دون الفرج. الإنصاف(٨/١٨٧، المبدع(٦/١٦٧).

(٣) قوله: «وإن ادعى أنه وطئها إلخ» الصحيح من المذهب أنه يكفي شهادة امرأة كالرضاع وعليه الأصحاب فعلى هذا يؤجل وبه قال الثورى والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي. الشرح الكبير(٤/٢٦٠).

(٤) قوله: «وإن كانت ثيبا إلخ» هذا إحدى الروايات اختاره المصنف والشارح وغيرهما وبه قال الثورى والشافعي وأصحاب الرأي لأن هذا تتعذر إقامة البينة عليه فقيل قوله مع يمينه، وعنه القول قولها وهو المذهب مع يمينها لأن الأصل عدم الإصابة واليقين معها. الشرح الكبير(٤/٢٦٠).

(٥) قوله: «وقال الخرقي إلخ» هذا رواية عن أحمد واختاره القاضي وأصحابه إذ بذلك يظهر صدقه أو صدقها إذ الغالب أن العنين لا ينزل فمع الإنزال يغلب على الظن كذبها. المبدع(٦/١٦٨).

فصل

(**القسم الثاني**) يختص النساء، وهو شيئان: الرتق وهو كون الفرج مسدودا لا مسلك للذكر فيه، وكذلك القرن والعفل، وهو لحم يحدث فيه يسده، وقيل القرن عظم والعفل رغوة تمنع لذة الوطء. الثاني الفتق وهو انخراق ما بين السبيلين، وقيل انخراق ما بين مخرج البول والمني.

فصل

(**القسم الثالث**) مشترك بينهما وهو الجذام والبرص والجنون سواء كان مطبقاً أو يخنق في الأحيان، فهذه الأقسام يثبت بها خيار الفسخ رواية واحدة.

«**الرتق**» بفتح الراء والتاء، مصدر رتقت المرأة، بكسر التاء ترتق رتقاً: إذا التحم فرجها، فأما القرن، بفتح القاف والراء، فمصدر قرنت المرأة بكسر الراء، تقرن، قرناً بفتحها فيهما: إذا كان في فرجها قرن، بسكون الراء، وهو عظم، أو غدة مانعة ولوج الذكر، فيجوز أن يقرأ ما في الكتاب، بفتح الراء على المصدر، وبسكونها على أنه العظم أو الغدة.

«**والعفل**» العفل، بوزن فرس: نتأة تخرج في فرج المرأة، وحياء الناقة، شبيه بالإدرة التي للرجل في الخصية، والمرأة عفلاء، والتعفيل: إصلاح ذلك.

«**رغوة**» الرغوة التي للبن معروفة، وهي بفتح الراء، وضمها، وكسرها، حكاها الجوهري، وغيره، وزبد كل شيء: رغوته.

«**الفتق**» قال الجوهري: الفتق، بالتحريك مصدر قولك: امرأة فتقاء، وهي المنفتقة الفرج، خلاف الرتقاء، والفتق: الصبح، والفتق: الخصب.

«**وهو الجذام**» الجذام: داء معروف تتهافت منه الأطراف، ويتناثر منه اللحم، نسأل الله تعالى العافية.

فصل

واختلف أصحـــابنا في البخر وهو نتن الفم [1]، وقال ابن حامد نتن في الفرج يثـــور

«والبرص» بفتح الباء والراء: مصدر برص بكسر الراء: إذا ابيض جلده، أو اسود بعلة، قال الجوهري: البرص داء، وهو بياض.

«مطبقاً أو يخنق» مطبقاً، بضم الميم وكسر الباء، أي: دائماً. يقال: أطبق المطر: إذا دام. ويخنق بوزن يكتب، ويقتل. ويخنق: بتشديد النون وكسرها: بوزن يكلم ويسلم، ويكون الضمير عائداً على الجنون، أي: سواء كان الجنون دائماً، أو يخنق في بعض الأحيان. ويجوز «أو يخنق»: بضم الياء وفتح النون على البناء للمفعول، بتخفيف النون وتشديدها، ويكون الضمير للمخنوق على حذف المضاف، أي: يخنق صاحبه، فحذف صاحب، فارتفع الضمير لقيامه مقامه، واستتر.

---

(١) قوله: «واختلف أصحابنا إلخ» أحدهما لا يثبت الخيار لأن ذلك لا يمنع من الاستمتاع ولا يخشى تعديه فلم يثبت به خيار كالعمى والعرج، والوجه الثاني له الخيار وهو الصحيح في ذلك كله وقد روى أبو عبيد بإسناده عن سليمان بن يسار أن ابن سند تزوج امرأة وهو خصي فقال له عمر أعلمتها؟ قال لا، قال: أعلمها ثم خيرها. المبدع(٦/١٧٠-١٧٠).

[فائدة] ظاهر كلام المصنف أن ما عدا ما ذكره لا يثبت به خيار، وكذا قال الشارح فإنه قال وما عدا هذه من العيوب لا يثبت الخيار وجها واحدا كالقرع والعمى والعرج وقطع اليدين والرجلين لأنه لا يمنع الاستمتاع ولا يخشى تعديه ولا نعلم بين أهل العلم في هذا خلافا انتهى. وأطلق في الفروع في ثبوت الخيار بالاستحاضة والقرع في الرأس إذا كان له ريح منكرة وجهين قال الشيخ تقي الدين يثبت الفسخ بالاستحاضة في أظهر الوجهين قال في الإنصاف وهو الصواب وألحق ابن رجب بالقرع روائح الإبط المنكرة التي تثور عند الجماع وأجرى في الموجز الخلاف في بول الكبير في الفراش واختار ابن عقيل في الفصول ثبوت الخيار بنضو الخلق واختار ابن حمدان ثبوت الخيار فيما إذا كان الفرج صغيرا والذكر كبيراً وعن أبي البقاء العكبرى في ثبوت الخيار بكل عيب يرد به المبيع وقال أبو البقاء لو ذهب ذاهب إلى أن الشيخوخة في أحدهما تفسخ به لم يبعد وقال ابن القيم في الهدى فيمن به عيب كقطع يد أو رجل أو عمى أو خرس أو طرش وكل عيب نفر الزوج الآخر منه ولا يحصل به مقصود النكاح من الود والرحمة يوجب الخيار وإنه أولى من البيع وإنما ينصرف الإطلاق إلى السلامة فهو كالمشروط عرفا . انتهى. قال في الإنصاف وما هو ببعيد، وفي معناه إن لم يكن دخل في كلامه من عرف بالسرقة ونقل ابن منصور إذا كان عقيما أعجب إلى أن يبين. انظر/ الشرح الكبير(٤/٢٦٢، الإنصاف(٨/١٩٥-١٩٧).

عند الوطء واستطلاق البول والنجو والقروح السيالة في الفرج والباسور والناسور والخصاء وهو قطع الخصيتين والسل وهو سل البيضتين والوجاء وهو رضهما وفي كونه خنثى وفيما إذا وجد أحدهما بصاحبه عيبا به مثله أو حدث به العيب بعد العقد هل يثبت الخيار؟ على وجهين. فإن علم بالعيب وقت العقد أو قال قد رضيت به معيبا أو وجد منه دلالة تدل على الرضا من وطء أو تمكين مع العلم بالعيب فلا خيار له [1]، و لا يجوز الفسخ إلا بحكم حاكم [2]

«**واختلف أصحابنا في البخر**» إلى آخر الباب. «البخر» بوزن قلم: نتن رائحة الفم، يقال: بخر الفم بخراً بكسر الخاء في الماضي وفتحها في المصدر. والنجو: الغائط، والقروح معروفة، واحدها: قرح وقرح، بفتح القاف وضمها، كالضعف والضعف. والباسور بالموحدة من تحت: واحد البواسير، وهي علة تخرج من المقعدة. والناسور بالنون: العرق الغبير الذي لا يزال ينتفض. والخصاء بالمد: مصدر خصيت الفحل خصاء: إذا سللت

---

(١) قوله: «وإن علم بالعيب إلخ» هذا بلا خلاف في العلم بالعيب أو الرضا به، وأما التمكين فيأتي. الإنصاف(٨/١٩٧).

[فائدة] إذا حدث العيب بعد العقد ففيه وجهان أحدهما يثبت الخيار وهو ظاهر الخرقي والثاني لا يثبت وهو قول أبي بكر وابن حامد ومذهب مالك والصحيح الأول. الشرح الكبير(٤/٢٦٣).

[تنبيه] خيار العيب على التراخي على الصحيح من المذهب فلا يبطل إلا بما يدل على الرضا من الوطء والتمكين مع العلم بالعيب أو يأتي بصريح الرضا وذكر القاضي أنه على الفور وهو مذهب الشافعي فمتى أخر الفسخ مع الإمكان بطل خياره. الشرح الكبير(٤/٢٦٣).

(٢) قوله: «ولا يجوز الفسخ إلخ» أى فيفسخ بنفسه أو يرده إلى من له الخيار على الصحيح من المذهب لأنه مجتهد فيه فهو كفسخ العنة والإعسار بالنفقة ويخالف خيار المعتقة فإنه متفق عليه وقال الشيخ تقي الدين ليس هو الفاسخ وإنما يأذن ويحكم فمتى أذن أو حكم لأحد باستحقاق عقد أو فسخ لم يحتج بعد ذلك إلى حكم بصحته بلا نزاع، لكن لو عقد هو أو فسخ فهو فعله فيه الخلاف، وإن عقد المستحق أو فسخ بلا حكم فأمر مختلف فيه فيحكم بصحته. وقال في القاعدة الثالثة والستين ورجح الشيخ تقي الدين أن جميع الفسوخ لا تتوقف على حاكم. المبدع(٦/١٧٣).

فإن فسخ قبل الدخول فلا مهر[1]، وإن فسخ بعده فلها المهر المسمى[2]، وقيل عنه مهر المثل ويرجع به على من غره من المرأة والولي[3]. وعنه لا يرجع.

أنثييه، أو قطعتهما، أو قطعت ذكره. ويأتي الكلام على الخصيتين في كتاب الجنايات. والوجاء، بكسر الواو ممدوداً: رض عروق البيضتين، حتى تنفضخ، فيكون شبيهاً بالخصاء. والدلالة، بكسر الدال وفتحها، والدلول، والدلولة، بضم دالهما، كله: الهداية إلى الشيء، والله تعالى أعلم.

---

(١) قوله: «فإن فسخ قبل الدخول إلخ» هذا الصحيح من المذهب وبه قال الشافعي وسواء كان من الزوج أو الزوجة. الشرح الكبير(٤/٣٦٣).

(٢) قوله: «فإن فسخ إلخ» الصحيح من المذهب أنه لها المهر المسمى لأنه يجب بالعقد ويستقر بالدخول، وقال الشافعي الواجب مهر المثل. الإنصاف(٨/١٩٩)، الشرح الكبير(٤/٢٦٤).

(٣) قوله: «ويرجع بذلك إلخ» وكذلك الوكيل وهذا المذهب وعنه لا يرجع قال الشارح قال شيخنا والصحيح أن المذهب رواية واحدة أنه يرجع فإن أحمد قال كنت أذهب إلى قول علي فهبته فملت إلى قول عمر إذا تزوجها فوجد جذاماً أو برصاً فإن لها صداقها بمسيسة إياها ووليها ضامن للصداق.
وهذا يدل أنه رجع إلى هذا القول. وبه قال الزهري وقتادة ومالك والشافعي في القديم وروى عن علي أنه لا يرجع وبه قال أبو حنيفة والشافعي في الجديد. ولنا ما روى مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب قال قال عمر بن الخطاب: أيما رجل تزوج امرأة بها جنون أو جذام أو برص فمسها فلها صداقها وذلك لزوجها غرم على وليها. إذا ثبت هذا فإن كان الولي علم غرم وإن لم يكن علم فالتغرير من المرأة فيرجع عليها بجميع الصداق.
وإن اختلفوا في علم الولي فشهدت عليه بينة بالإقرار بالعلم وإلا فالقول قوله مع يمينه وإن أنكر ولم تقم بينة بإقراره فالقول قوله مع يمينه ويرجع على المرأة بجميع الصداق وهذا قول مالك إلا أنه قال إذا ردت المرأة ما أخذت ترك لها ما تستحل به لئلا تصير كالموهوبة. انظر/ الشرح الكبير(٤/٢٦٤)، المبدع(٦/١٧٤).

فصل

وليس لولي صغيرة ولا مجنونة ولا سيد أمة تزويجها معيبا[1]، ولا لولي كبيرة تزويجها بغير رضاها[2]، فإن اختارت الكبيرة نكاح مجبوب أو عنين لم يملك منعها[3]، وإن اختارت نكاح مجنون أو مجذوم أو أبرص فله منعها في أصح الوجهين[4]، وإن علمت العيب بعد العقد أو حدث به لم يملك إجبارها على الفسخ[5].

باب نكاح الكفار

وحكمه حكم نكاح المسلمين فيما يجب به، وتحريم المحرمات[6]، ويقرون على

---

(١) قوله: «وليس لولى صغيرة إلخ» أى حرة وهذا بلا نزاع لأنه لا ناظر لهم بما فيه الحظ ولا حظ لهن في هذا العقد فلو خالف وفعل لم يصح النكاح فيهن مع علمه لأنه عقد لهم عقدا لا يجوز عقده كما لو باع عقار محجوره لغير مصلحة. وإن لم يعلم الولى عيبه صح النكاح كما لو اشترى لهن معيبا لا يعلم عيبه ويجب عليه الفسخ إذا علم قاله في المغني والشرح وشرح ابن منجا والزركشى في شرح الوجيز وغيرهم لأنه حظ لهن فوجب فعله خلافا لما في التنقيح وتبعه في المنتهى قال وله الفسخ واللام للإباحة. المبدع(٦/١٧٥).

(٢) قوله: «ولا لولي كبيرة إلخ» أى لأنها تملك الفسخ إذا علمت بالعيب بعد العقد فالامتناع أولى. المبدع(٦/١٧٥).

(٣) قوله: «فإن اختارت إلخ» هذا المذهب لأن الحق في الوطء لها والضرر مختص بها. وقال أحمد ما يعجبني أن يزوجها بعنين وإن رضيت الساعة تكره إذا دخلت عليه. المبدع (٦/١٧٥)، الإنصاف(٨/٢٠٣).

(٤) قوله: «وإن اختارت نكاح مجنون إلخ» وهو المذهب لأن فيه ضررا دائماً وعارا عليها وعلى أهلها كمنعها من التزويج بغير كفؤ. المبدع(٦/١٧٥).

(٥) قوله: «وإن علمت بالعيب إلخ» هذا بلا نزاع لأن حق الولى في ابتدائه لا في دوامه. المبدع(٦/١٧٥-١٧٦).

[فائدة] الذي يملك منعها وليها العاقد للنكاح على الصحيح من المذهب قدمه في المغني والشرح والفروع، وقيل لبقية الأولياء منعها كما قلنا في الكفاءة قال في الإنصاف وهو أولى وجزم به ابن رزين في شرحه. الإنصاف(٨/٢٠٣-٢٠٤).

(٦) قوله: «وحكمه حكم نكاح المسلمين إلخ» هذا المذهب فيتعلق بأنكحتهم أحكام النكاح الصحيح من وقوع الظهار والإيلاء ووجوب المهر والقسم والإباحة للزوج الأول والإحصان وكذا وقوع الطلاق في قول الجمهور، فعلى هذا لو طلق الكافر ثلاثا ثم تزوجها قبل زوج وإصابة ثم أسلما لم يقرا عليه، ولو طلقها أقل من ثلاث ثم أسلما فهى عنده على ما بقى من طلاقها، ويحرم عليهم ما يحرم على المسلمين كما ذكر في بابه. المبدع(٦/١٧٦).

الأنكحة المحرمة ما اعتقدوا حلها و لم يرتفعوا[1] إلينا، وعنه في مجوسي تزوج كتابية أو اشترى نصرانية يحول بينهما الإمام فيخرج من هذا أنهم لا يقرون على نكاح محرم[2]. وإن أسلموا و ترافعوا إلينا في ابتداء العقد لم نمضه إلا على الوجه الصحيح[3] وإن كان في أثنائه لم نتعرض لكيفية عقدهم[4] بل إن كانت المرأة ممن لا يجوز ابتداء نكاحها كذات محرمة ومن هي في عدتها أو شرط الخيار في نكاحها متى شاء أو مدة هما فيها أو مطلقته ثلاثا فرق بينهما وإلا أقرا على النكاح[5].

باب نكاح الكفار

«**يحول بينهما الإمام**» يحول: بوزن يقول، أي: يفرق، ويقال: حال الشيء بيني وبينك، أي: حجز.

«**كيفية عقدهم**» الكيفية: لفظ مولد مصنوع من كيف. وكيف: اسم غير متمكن لا يتصرف فيه. والمراد هنا بالكيفية: صفة العقد وحاله، وكيف: اسم يستفهم به عن الحال، والله تعالى أعلم.

---

(١) قوله: «ويقرون على الأنكحة إلخ» هذا هو المذهب لأنه أسلم الخلق الكثير في زمنه عليه الصلاة والسلام فأقرهم على أنكحتهم و لم يكشف عن كيفيتها قال أحمد فيمن عقد على ذات محرمة أن يقر ما لم يرتفعوا إلينا. المبدع(١٧٦/٦).

(٢) قوله: «فيخرج إلخ» وأن يحال بينهم وبين نكاح محارمهم لقول عمر: فرقوا بين كل ذوى رحم من المجوس. وقال أحمد في مجوسي ملك أمة نصرانية يحال بينه وبينها ويجب عليه بيعها. انظر المبدع(١٧٦/٦-١٧٧).

(٣) قوله: «فإن أسلموا إلخ» وهذا المذهب كأنكحة المسلمين من الإيجاب والقبول والولى والشهود لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ﴾ أى العدل. المبدع(١٧٧/٦).

(٤) قوله: «وإن كان في أثنائه إلخ» أى بغير خلاف نعلمه، قال ابن عبد البر أجمع العلماء على أن الزوجين إذا أسلما معاً في حالة واحدة أن لهما المقام على نكاحهما ما لم يكن بينهما نسب أو رضاع. المبدع(١٧٧/٦).

(٥) قوله: «بل إن كانت المرأة إلخ» أى مطلقا على الصحيح من المذهب أى لأن الاستدامة أضعف من الابتداء فإذا لم يجز الابتداء وهو أقوى فلأن لا تجوز الاستدامة وهى أضعف بطريق الأولى. وكذا إن كان بينهما نكاح متعة، وأما إذا كانت المرأة تباح له حال الترافع أو الإسلام كعقده عليهما في عدة و لم يترافعا أو يسلما حتى فرغت العدة أو عقده بلا شهود أو ولى وصيغة الإيجاب وقبول أو تزوجها على أخت لها وماتت أختها بعد عقده وقبل الإسلام والترافع أقرا. قال ابن عبد البر أجمع العلماء على أن الزوجين إذا أسلما معاً في حالة واحدة أن لهما المقام على نكاحهما ما لم يكن بينهما نسب أو رضاع. المبدع(١٧٧/٦).

وإن قهر حربي حربية فوطئها أو طاوعته واعتقداه نكاحا أقرا وإلا فلا[1]، وإن كان المهر مسمى صحيحا أو فاسداً قبضته استقر[2]، وإن كان فاسداً لم تقبضه فرض لها مهر المثل[3].

فصل

وإذا أسلم الزوجان معاً[4] أو أسلم زوج الكتابية فهما على نكاحهما[5] وإن أسلمت الكتابية أو أحد الزوجين غير الكتابيين قبل الدخول انفسخ النكاح[6]،

---

(١) قوله: ((وإن قهر حربي إلخ)) أى ثم أسلما أقرا وهذا المذهب لأن المصحح له اعتقاده الحل وهو موجود هنا كالنكاح بلا ولى وإن لم يعتقداه نكاحاً لم يقرا عليه. المبدع(٦/١٧٧-١٧٨).

[تنبيه] مفهوم قوله فإن قهر الخ أنه لو فعل ذلك أهل الذمة أنهم لا يقرون عليه وهو ظاهر كلام غيره وصرح به في الترغيب وجزم به في البلغة وظاهر كلام المصنف في المغني والشارح أنهم كأهل الحرب وهو الصحيح من المذهب قال في الإنصاف وهو الصواب. الإنصاف(٨/٢٠٧، المغني(٧/٥٦٢).

(٢) قوله: ((وإن كان المهر إلخ)) هذا بلا نزاع لأنه لا يتعرض إلى ما فعلوه يؤيده قوله تعالى: ﴿ فَمَن جَآءَهُۥ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِۦ فَٱنتَهَىٰ فَلَهُۥ مَا سَلَفَ ﴾ ولأن التعرض للمقبوض بإبطاله يشق لتطاول الزمان.

(٣) قوله: ((وإن كان فاسداً إلخ)) وهو المذهب وعليه الأصحاب فيجب كاملاً بعد الدخول أو نصفه قبله وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف لأنه يجب في التسمية الفاسدة إذا كانت الزوجة مسلمة فكذا الكافرة، ولو كانت قبضت بعض المسمى الفاسد وجب لها حصة ما بقى من مهر المثل . الشرح الكبير(٤/٢٦٨) .

(٤) قوله: ((وإذا أسلم الزوجان معاً)) أي تلفظاً بالإسلام دفعة واحدة فهما على نكاحهما إجماعاً لأن اختلاف الدين مفسد للنكاح بمجرد سبق أحدهما، وقيل هما على نكاحهما إن أسلما في المجلس كالقبض ونحوه فإن حكم المجلس كله حكم حالة العقد، ولأنه يتعذر اتفاقهما على النطق بكلمة الإسلام دفعة واحدة فلو اعتبر ذلك لوقعت الفرقة بين كل مسلمين إلا في الشاذ النادر، وقال في الإنصاف وهو الصواب واختاره الناظم. المبدع (٦/١٧٩).

(٥) قوله: ((أو أسلم زوج إلخ)) أي سواء كان كتابياً أو غير كتابى قبل الدخول أو بعده لأن نكاح الكتابية يجوز ابتداؤه فالاستمرار أولى .المبدع (٦/١٧٩).

(٦) قوله: ((وإن أسلمت إلخ)) لقوله تعالى: ﴿ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ وَءَاتُوهُم مَّآ أَنفَقُوا۟ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَن تَنكِحُوهُنَّ إِذَآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَلَا تُمْسِكُوا۟ بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ﴾ إذ لا يجوز لكافر نكاح مسلمة قال ابن المنذر أجمع على هذا كل=

فإن كانت هى المسلمة فلا مهر لها[1] وإن أسلم قبلها فلها نصف المهر[2] وعنه لا مهر لها. وإن قالت أسلمت قبلي وأنكر فالقول قولها[3] وإن قال أسلمنا معاً فنحن على النكاح وأنكرته فعلى وجهين[4]. وإن أسلم أحدهما بعد الدخول وقف الأمر على انقضاء العدة[5].

= من تحفظ عنه من أهل العلم. المبدع (١٧٩/٦).

على قوله: «انفسخ النكاح» ولا يكون طلاقاً. المبدع (١٧٩/٦).

(١) قوله: «فان كانت إلخ» هذا المذهب لأن الفرقة من جهتها أشبه ما لو ارتدت وهذا إذا أسلمت قبل الدخول وبه قال الحسن والزهري ومالك والأوزاعي وابن شبرمة والشافعي. وعنه لها نصف المهر اختاره أبو بكر قال في الإنصاف وهو أولى وبه قال قتادة والثورى ويقتضيه قول أبى حنيفة لأن الفرقة حصلت من قبله بامتناعه عن الإسلام وهى فعلت ما فرض الله عليها. وإذا انفسخ النكاح بإسلام أحد الزوجين قبل الدخول مثل أن يسلم أحد الزوجين الوثنيين أو المجوسيين تعجلت الفرقة على ما ذكرنا ويكون ذلك فسخاً لا طلاقاً وهو المذهب وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة لا تتعجل الفرقة بل إن كان في دار الإسلام عرض الإسلام على الآخر فإن أبى وقعت حينئذ. انظر الشرح الكبير (٢٦٩/٤-٢٧٠)

(٢) قوله: «وإن أسلم قبلها إلخ» هذا المذهب لأن الفرقة حصلت من جهته. المبدع (١٧٩/٦)، الإنصاف(٢١٤/٨).

(٣) قوله: «وإن قالت إلخ» أي لأنها تدعي استحقاق شيء أوجبه العقد وهو يدعى سقوطه فلم يقبل قوله لان الأصل عدمه وهذا تفريع على أنها تستحق نصف المهر إذا سبقها بالإسلام وأما على الأخرى فلا. المبدع (١٨٠/٦)

(٤) قوله: «وإن قال أسلمنا معاً إلخ» أحدهما القول قولها وهو الصحيح لأن الظاهر معها إذ يبعد اتفاق الإسلام منهما دفعة واحدة، وإن قيل العبرة بالمجلس فينبغى أن يقبل قوله لأن العمل بالظاهر متعين. والثانى يقبل قوله لأن الأصل بقاء النكاح. المبدع (١٨٠/٦).

(٥) قوله: «وإن أسلم أحدهما بعد الدخول إلخ» وهذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب قال أبو بكر رواه عنه نحو خمسين رجلا لما روى ابن شبرمة قال: كان الناس على عهد رسول الله ﷺ يسلم الرجل قبل المرأة والمرأة قبله فأيهما أسلم قبل انقضاء العدة فهي امرأته وإن أسلم بعد العدة فلا نكاح بينهما. وروي أن بنت الوليد بن المغيرة كانت تحت صفوان بن أمية فأسلمت ثم أسلم صفوان فلم يفرق النبي ﷺ بينهما قال ابن شهاب أسلمت أم حكيم وهرب زوجها عكرمة إلى اليمن فارتحلت إليه ودعته إلى الإسلام فأسلم وقدم فبايع النبي ﷺ فبقيا على نكاحهما قال الزهري ولم يبلغنا أن امرأة هاجرت وزوجها مقيم بدار الكفر إلا فرقت هجرتها بينها وبين زوجها إلا أن يقدم زوجها مهاجراً قبل انقضاء عدتها روى ذلك مالك فإذا أسلم أحدهما وتخلف=

= الآخر حتى انقضت العدة انفسخ النكاح في قول عامتهم وعن أحمد ترد إلى زوجها وإن طالت المدة وهو قول النخعي لما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبي ﷺ رد زينب على أبي العاص بن الربيع بعد ست سنين بالنكاح الأول و لم يحدث نكاحاً رواه أحمد وأبو داود والترمذي ولفظه له وقال ليس بإسناد بأس وصححه أحمد. جوابه بأنه يحتمل أن يكون قبل نزول تحريم المسلمات على الكفار أو تكون حاملاً استمر حملها أو مريضة لم تحض ثلاث حيض حتى أسلم زوجها أو تكون ردت إليه بنكاح جديد رواه أحمد والترمذي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ رد ابنته على أبي العاص بنكاح جديد، قال أحمد هذا ضعيف وقال الدارقطني لا يثبت وقال يزيد بن هارون حديث ابن عباس أجود إسناداً والعمل على حديث عروة بن شعيب واختار الشيخ تقي الدين أنها إذا أسلمت قبله_ بقاء نكاحها قبل الدخول وبعده ما لم تنكح زوجاً غيره والأمر إليها ولا حكم له عليها ولا حق عليه لأن الشارع لم يستفصل وهو مصلحة محضة وكذا عنده إن أسلم قبلها وليس له حبسها وأنها متى أسلمت ولو قبل الدخول أو بعده فهي امرأته إن اختار. المبدع (٦/١٨٠-١٨١) الشرح الكبير(٤/٢٧١).

على قوله: « وإن أسلم أحدهما بعد الدخول وقف الأمر على انقضاء العدة إلخ» قلت قد ذكر ابن القيم رحمه الله تعالى في الهدى في الكلام على الزوجين يسلم أحدهما قبل الآخر كلاماً حسناً فأحببت ذكره هنا وإن كنت قد ذكرت في الحاشية ما يكفي قال: وتضمن –يعنى حديث زينب–أن أحد الزوجين إذا أسلم قبل الآخر لم ينفسخ النكاح بإسلامه فرقت الهجرة بينهما أو لم تفرق فإنه لا يعرف أن رسول الله ﷺ جدد نكاح زوجين سبق أحدهما الآخر بإسلامه قط ولم تزل الصحابة يسلم الرجل قبل امرأته وامراته قبله، ولم يعرف عن أحد منهم ألبتة أنه تلفظ بإسلامه هو وامرأته وتساويا فيه حرفا بحرف، هذا مما يعلم أنه لم يقع ألبتة، وقد رد النبي ﷺ ابنته زينب على أبي العاص بن الربيع وهو إنما أسلم زمن الحديبية وهي أسلمت من أول البعثة فبين إسلامهما أكثر من ثماني عشرة سنة. وأما قوله في الحديث كان بين إسلامها وإسلامه ست سنين فوهم إنما أراد بين هجرتها وإسلامه وعلى هذا فالعدة تنقضي في هذه المدة فكيف لم يجدد نكاحا قبل تحريم المسلمات على المشركين إنما نزل بعد صلح الحديبية لا قبل ذلك فلم ينفسخ النكاح في تلك المدة لعدم شرعية هذا الحكم فيها ولما نزل تحريمهن على المشركين أسلم أبو العاص فردت عليه، وأما مراعاة زمن العدة فلا دليل عليه من نص ولا إجماع، وقد ذكر حماد بن سلمة عن قتادة عن سعيد بن المسيب أن علي بن أبي طالب قال في الزوجين الكافرين يسلم أحدهما : هو أملك ببضعها ما دامت في دار هجرتها وذكر سفيان بن عيينة عن مطرف بن طريف عن الشعبي عن علي هو أحق بها ما لم تخرج من مصرها، وذكر ابن أبي شيبة عن معتمر ابن سليمان عن معمر عن الزهري إن أسلمت ولم يسلم زوجها فهما على=

= نكاحهما إلا أن يفرق بينهما سلطان، ولا يعرف اعتبار العدة في شيء من الأحاديث ولا كان النبي ﷺ يسأل المرأة هل انقضت عدتك أم لا.ولا ريب أن الإسلام لو كان بمجرد فرقة لم تكن فرقة رجعية بل بائنة فلا أثر للعدة في بقاء النكاح وإنما أثرها في منع نكاحها للغير فلو كان الإسلام قد نجز الفرقة بينهما لم يكن أحق بها في العدة، ولكن الذى دل عليه حكم رسول الله ﷺ أن النكاح موقوف فإن أسلما قبل انقضاء عدتها فهى زوجته وإن انقضت عدتها فلها أن تنكح من شاءت وإن أحبت انتظرته فإن أسلم كانت زوجته من غير حاجة إلى تجديد نكاح، ولا نعلم أحداً جدد للإسلام نكاحه ألبتة بل كان الواقع أحد أمرين إما افتراقهما ونكاحها غيره وإما بقاؤها عليه وإن تأخر إسلامها أو إسلامه، وأما تنجيز الفرقة أو مراعاة العدة فلا نعلم أن رسول الله ﷺ قضى بواحد منهما مع كثرة من أسلم في حياته من الرجال وأزواجهم وقرب إسلام أحد الزوجين من الآخر وبعده منه ولولا إقراره ﷺ الزوجين على نكاحهما وإن تأخر إسلام أحدهما عن الآخر بعد صلح الحديبية وزمن الفتح لقلنا بتعجيل الفرقة بالإسلام من غير اعتبار عدة لقوله تعالى: ﴿ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ ﴾ وقوله: ﴿ وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ ﴾ وإن الإسلام سبب الفرقة وكل ما كان سبباً للفرقةتعقبته الفرقة كالرضاع والخلع والطلاق، وهذا اختيار الخلال وصاحبه أبي بكر وابن المنذر وابن حزم وبه قال حماد بن زيد والحكم بن عتيبة وسعيد بن جبير وعمر بن عبد العزيز وعدى بن عدى الكندى والشعبي وغيرهم قلت وهو إحدى الروايتين عن أحمد ولكن الذى أنزل عليه قوله: ﴿ وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ ﴾ وقوله: ﴿ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ ﴾ لم يحكم بتعجيل الفرقة فروى مالك في موطئه عن ابن شهاب قال كان بين إسلام صفوان بن أمية وبين إسلام امرأته بنت الوليد بن المغيرة نحوا من شهر أسلمت يوم الفتح وبقى صفوان حتى شهد حنينا والطائف وهو كافر ثم أسلم ولم يفرق النبي ﷺ بينهما واستقرت عنده امرأته بذلك النكاح قال ابن عبد البر وشهرة هذا الحديث أقوى من إسناده وقال ابن شهاب أسلمت أم حكيم يوم الفتح وهرب زوجها عكرمة حتى أتى اليمن فدعته إلى الإسلام فأسلم وقدم فبايع النبي ﷺ فبقيا على نكاحهما، وأسلم حكيم بن حزام قبل امرأته وخرج أبو سفيان بن الحارث وعبد الله بن أبى أمية عام الفتح فلقيا النبي ﷺ بالأبواء فأسلما قبل منكوحتيهما فبقيا على نكاحها ولم يعلم أن النبي ﷺ فرق بين أحد ممن أسلم وبين امرأته وجواب من أجاب بتجديد نكاح من أسلم في غاية البطلان والقول على رسول الله ﷺ بلا علم واتفاق الزوجين في اللفظ بكلمة الإسلام معاً في لفظة واحدة معلوم الانتفاء. ويلى هذا القول مذهب من يقف الفرقة على انقضاء العدة مع ما فيه إذ فيه آثار ولو كانت منقطعة ولو صحت لم يجز القول بغيرها قال ابن شبرمة كان الناس على عهد رسول الله ﷺ يسلم الرجل قبل المرأة والمرأة قبل الرجل فأيهما أسلم قبل انقضاء العدة فهى امرأته وإن أسلم بعد العدة فلا نكاح بينهما. وقد تقدم=

فإن أسلم الثاني قبل انقضائها فهما على نكاحهما وإلا تبينا أن الفرقة وقعت حين أسلم الأول، فعلى هذا، لو وطئها في عدتها و لم يسلم الثانى فعليه المهر، فان أسلم فلا شيء لها، وإذا أسلمت قبله فلها نفقة العدة، وإن كان هو المسلم فلا نفقة لها، وإن اختلفا في السابق منهما فالقول قولها في أحد الوجهين وعنه أن الفرقة تتعجل بإسلام أحدهما كما قبل الدخول، فأما الصداق فواجب بكل حال[١].

فصل

فإن ارتد أحد الزوجين قبل الدخول انفسخ النكاح[٢]، ولا مهر لها إن كانت المرتدة[٣]، وإن كان هو المرتد فلها نصف المهر[٤]، وإن كانت الردة بعد

= قول الترمذى في أول الفصل وما حكاه ابن حزم عن عمر فما أدرى من أين حكاه؟! والمعروف عنه خلافه فقد ثبت عنه من طريق حماد بن سلمة عن أيوب وقتادة كلاهما عن ابن سيرين عن عبد الله بن يزيد الخطمى أن نصرانيا أسلمت امرأته فخيرها عمر بن الخطاب إن شاءت فارقته وإن شاءت أقامت عليه، ومعلوم بالضرورة أنه إنما خيرها بين انتظاره إلى أن يسلم فتكون زوجته كما هى أو تفارقه وكذلك صح عنه أن نصرانيا أسلمت امرأته فقال عمر إن أسلم فهى امرأته وإن لم يسلم فرق بينهما فلم يسلم ففرق بينهما وكذلك قال لعبادة بن النعمان التغلبى وقد أسلمت امرأته إما أن تسلم وإلا نزعتها منك فأبى فنزعها منه فهذه الآثار صريحة في خلاف ما حكاه أبو محمد بن حزم عنه وهو حكاها وجعلها روايات أخر وإنما تمسك أبو محمد بآثار فيها أن عمر وابن عباس وجابرا فرقوا بين الرجل وامرأته بالإسلام وهى آثار مجملة ليست بصريحة في تعجيل الفرقة ولو صحت فقد صح عن عمر ما حكيناه وعن على ما تقدم وبالله التوفيق . انظر زاد المعاد (٥/١٣٦-١٤٠).

(١) قوله: «فأما الصداق إلخ» يعنى إذا وقعت الفرقة بإسلام أحدهما بعد الدخول لأنه استقر بالدخول فإن كان صحيحا أو فاسداً قبضته استقر، وإن كان فاسداً لم تقبضه أو لم يسم لها شيء فلها مهر المثل. المبدع (٦/١٨٣).

(٢) قوله: « وإن ارتد أحد الزوجين إلخ» وكذا لو ارتدا معاً وهذا المذهب فيهما لقوله تعالى: ﴿ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ ﴾ إلى قوله: ﴿ وَلَا تُمْسِكُوا۟ بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ﴾ ولأنه اختلاف دين يمنع الإصابة فوجب فسخ النكاح كما لو أسلمت تحت كافــر. المبدع (٦/١٨٣).

(٣) قوله: «ولا مهر لها إلخ» هذا المذهب لأن الفسخ من قبلها.

(٤) قوله: «وإن كان هو إلخ» هذا المذهب أيضاً لأن الفسخ من جهته أشبه طلاقها قبل=

الدخول فهل تتعجل الفرقة أو تقف على انقضاء العدة؟ على روايتين[١]. وإن كان هو المرتد فلها نفقة العدة[٢]، وإن كانت هى المرتدة فلا نفقة لها[٣]، وإن انتقل أحد الكتابيين إلى دين لا يقر عليه فهو كردته[٤].

فصل

وإن أسلم كافر وتحته أكثر من أربع نسوة فأسلمن معه اختار منهن أربعاً وفارق سائرهن[٥]، فإن لم يختر أجبر عليه، وعليه نفقتهن إلى أن يختار، فإن طلق أحدهن

= الدخول. المبدع (١٨٣/٦).

(١) قوله: ((وإن كانت الردة إلخ)) إحداهما تتعجل روي عن الحسن وعمر بن عبد العزيز والثورى لأن ما أوجب فسخ النكاح استوى ما قبل الدخول وبعده والثانية وهى المذهب يقف على انقضاء العدة كإسلام الحربية تحت الحربي واختيار الشيخ تقي الدين هنا مثل اختياره فيما إذا أسلم أحدهما بعد الدخول كما تقدم قريباً. المبدع (٦/ ١٨٣-١٨٤).

(٢) قوله: ((فإن كان هو المرتد إلخ))هذا مبنى على القول بأن النكاح يقف على انقضاء العدة لأنه يمكنه تلافي نكاحها بإسلامه. المبدع (١٨٤/٦).

(٣) قوله: ((وإن كانت إلخ)) أي لأنه لا سبيل إلى تلافي نكاحها. انظر/ المبدع (١٨٤/٦).
[فائدة] لو وطئها أو طلقها وقلنا لا تتعجل الفرقة ففي وجوب المهر ووقوع الطلاق خلاف ذكره في الانتصار قال في الإنصاف قلت جزم المصنف والشارح بوجوب المهر إذا لم يسلما حتى انقضت العدة. الإنصاف (٢١٦/٨).

(٤) قوله: ((وإن انتقل أحد إلخ)) إذا انتقل الزوجان أو أحدهما إلى دين لا يقر عليه كاليهودي يتنصر أو النصرانى يتهود أو تمجس أحد الزوجين الكتابيين فكالردة فينفسخ النكاح قبل الدخول ويتوقف بعده على انقضاء العدة لأنه انتقل إلى دين باطل قد أقر ببطلانه فلا يقر عليه كالمرتد وكذا حكم كتابية تحت مسلم إذا تمجست.الإنصاف(٢١٦/٨).

(٥) قوله: ((وإن أسلم كافر إلخ)) أو كن كتابيات ولم يسلمن وهذا المذهب لقوله عليه الصلاة والسلام لغيلان بن سلمة وقد أسلم على عشر نسوة فأسلمن معه فأمره أن يختار منهن أربعا رواه الترمذى وابن ماجه. وفي لفظ اختر منهن أربعا وفارق سائرهن وعن قيس بن الحارث قال أسلمت وتحتي ثمان نسوة فأتيت النبي ﷺ فذكرت له ذلك فقال اختر منهن أربعا رواه أحمد وأبو داود، فعلى هذا إن كان مكلفا اختار وإن كان صغيرا لم يصح اختياره والصحيح من المذهب لا يختار الولى ويقف الأمر حتى يبلغ قاله الأصحاب لأنه راجع إلى الشهوة والإرادة، واختار الشيخ تقي الدين أن وليه يقوم مقامه في التعيين وضعف الوقف. المبدع (١٨٤/٦-١٨٥). =

أو وطئها كان اختياراً لها[1] وإن طلق الجميع ثلاثاً أقرع بينهن فأخرج بالقرعة أربعا منهن وله نكاح البواقي[2] وإن ظاهر أو آلى من إحداهن فهل يكون اختياراً لها؟ على وجهين[3]. وإن مات فعلى الجميع عدة الوفاة[4]، ويحتمل أن يلزمهن أطول الأمرين من ذلك أو ثلاثة قروء[5]، والميراث لأربع منهن

=[فائدة] لو أسلم على أكثر من أربع أو على أختين فاختار أربعا أو إحدى الأختين فقال المصنف والشارح يعتزل المختارات حتى تنقضي عدة المفارقات فلو كن خمساً ففارق إحداهن فله وطء ثلاث من المختارات ولا يطأ الرابعة حتى تنقضي عدة المفارقة وعلى ذلك فقس وكذلك الأخت، قال الشيخ تقي الدين في شرح المحرر في هذا نظر فإن ظاهر السنة يخالف ذلك قال وقد تأملت كلام عامة أصحابنا فوجدتهم قد ذكروا أنه يمسك أربعا ولم يشترطوا في جواز وطئه انقضاء العدة لا في جمع العدد ولا في جمع الرحم ولو كان بهذا أصل عندهم لم يغفلوا فإنهم دائماً ينبهون في مثل هذا على اعتزال الزوجة كما ذكره أحمد فيما إذا وطئ أخت امرأته بنكاح فاسد أو زنى بها قال وهذا هو الصواب فإن هذه العدة تابعة لنكاحها وقد عفا الله عن جميع نكاحها فلذلك يعفو عن توابع ذلك النكاح وهذا بعد الإسلام لم يجمع عقدا ولا وطئا. انتهى. انظر/ الإنصاف (٨/٢١٨).

(١) قوله: «فإن طلق إحداهن إلخ» هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب لأن الطلاق لا يكون إلا في زوجة فإن قال فارقت أو اخترت هؤلاء فان لم ينو به الطلاق كان اختياراً لغيرهن للخبر لأنه يدل على أن لفظ الفراق هنا ليس طلاقاً ولا اختياراً للخبر فإن نوى به طلاقاً كان طلاقاً واختيارا للخبر. المبدع (٦/١٨٥)

(٢) قوله: «وإن طلق الجميع إلخ» أي له نكاح البواقي إذا انقضت عدتهن صرح به الأصحاب وهذا المذهب لأنهن لم يطلقن منه، واختار الشيخ تقي الدين أن الطلاق هنا فسخ ولا يحسب من الطلاق الثلاث وليس باختيار. المبدع (٦/١٨٦).
[فائدة] لو وطيء الكل تعين له الأول.

(٣) قوله: «وإن ظاهر أو آلى إلخ» أحدهما لا يكون اختياراً وهو المذهب لأنه يصح في غير زوجة ولأن هذه كما تدل على التصرف في المنكوحة تدل على اختيار تركها فيتعارض الاختيار وعدمه فلا يثبت واحد منهما. المبدع (٦/١٨٦).

(٤) قوله: «فعلى الجميع عدة الوفاة» هذا أحد الوجهين اختاره القاضي في الجامع وجزم به في الوجيز والمنور وقدمه في الهداية والمذهب ومسبوك الذهب والمستوعب والخلاصة والمحرر وغيرهم لأن الزوجات لم تتعين منهن. المبيع (٦/١٨٦).

(٥) قوله: «ويحتمل إلخ» أي إن كن ممن يحضن وإن كانت حاملاً فبوضعه والآيسة والصغيرة عدة الوفاة وهذا المذهب قال الشارح هذا الصحيح والأولى والقول الأول لا يصح لتنقضي العدة بيقين لأن كل واحدة منهن يحتمل أن تكون مختارة وعدة المختارة عدة الوفاة وعدة المفارقة ثلاثة قروء فأوجبنا أطولهما.
[فائدة] لو أسلم معه البعض دون البعض ولسن بكتابيات لم يخير في غير مسلمة وله=

بالقرعة[1]، وإن أسلم وتحته أختان اختار منهما واحدة [2]، فإن كانتا أما وبنتا فسد نكاح الأم[3] ، وإن كان دخل بالأم فسد نكاحهما[4].

فصل

وإن أسلم وتحته إماء فأسلمن معه وكان في حال اجتماعهم على الإسلام فمن يحل له نكاح الإماء فله الاختيار منهن وإلا فسد نكاحهن، فإن أسلم وهو موسر فلم يسلمن حتى أعسر فله الاختيار منهن، فإن أسلمت إحداهن بعده ثم عتقت ثم أسلم البواقي فله الاختيار منهن، وإن عتقت ثم أسلمت ثم أسلمن لم يكن له الاختيار من البواقي، وإن أسلم وتحته حرة وإماء فأسلمت الحرة في عدتها قبلهن أو بعدهن انفسخ نكاحهن، وإن أسلم عبد وتحته إماء فأسلمن معه ثم أعتق فله أن يختار منهن وإن أسلم وعتق ثم أسلمن فحكمه حكم الحر لا يجوز أن يختار منهن، إلا بوجود الشرطين فيه.

= إمساك من شاء عاجلاً وتأخيره حتى يسلم من بقي أو تفرغ عدتهن وهذا المذهب. انظر المبدع (١٨٦/٦-١٨٧).

(١) قوله: «والميراث لأربع إلخ» هذا المذهب لأن الميراث بالزوجية ولا زوجية فيما زاد على الأربع . وإن اخترن جميعا الصلح وكن مكلفات رشيدات جاز كيفما اصطلحن لأن الحق لا يعدوهن. المبدع (١٨٧/٦).

(٢) قوله: «وإن أسلم إلخ» وذلك لما روى الضحاك بن فيروز عن أبيه قال أسلمت وعندي امرأتان أختان فقال النبي ﷺ اختر أيتها شئت رواه الترمذي، وفي رواية لأحمد وأبي داود قال فأمرني النبي ﷺ أن أطلق إحداهما وكذا الحكم في المرأة وعمتها والمرأة وخالتها لأن المعنى في الجميع واحد. المبدع (١٨٧/٦).

(٣) قوله: « وإن كانتا أما إلخ» أي وحرمت على الأبد لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «أيما رجل نكح امرأة دخل بها أو لم يدخل فلا تحل له أمها» رواه ابن ماجه ولأنها من أمهات نسائه فيدخل في عموم قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾. المبدع (١٨٧/٦)

(٤) قوله: « وإن كان دخل إلخ» أما الأم فلما تقدم وأما البنت فلأنها ربيبته . انظر المبدع (١٨٨/٦).

كتاب الصداق

وهو مشروع في النكاح، ويستحب تخفيفه[1]، وأن لا يعرى النكاح عن تسميته[2]، وأن لا يزيد على صداق أزواج رسول الله ﷺ وبناته وهو خمسمائة درهم[3].

كتاب الصداق

وفيه خمس لغات :صداق :بفتح الصاد، وصداق: بكسرها، وصدُقة بفتح الصاد، وضم الدال، وصُدْقة: بسكون الدال مع الصاد وفتحها،حكى الأخيرة ابن السيد بشرحه . وهو العوض المسمى في عقد النكاح، وما قام مقامه، وله ثمانية أسماء: الصداق، والمهر، والنحلة، والفريضة، والأجر، والعقر، والحباء، والعلائق، وقد نظمتها في بيت وهو:

صداق ومهر نحلة وفريضة   حباء وأجر ثم عقر علائق

يقال: أصدقت المرأة، ومهرتها وأمهرتها، نقلها الزجاج، وغيره، وأنشد الجوهرى مستشهداً على ذلك:

أخذن اغتصابا خطبة عجرفيـــة   وأمهرن أرماحاً من الخط ذبلا [4]

«**لا يعرى**» أي: لا يخلو.

---

(١) قوله: «ويستحب تخفيفه» وذلك لقوله عليه الصلاة والسلام أعظم النكاح بركة أيسره مؤنة رواه أحمد وفيه ضعف. المبدع (١٩١/٦).

(٢) قوله: «وأن لا يعرى النكاح إلخ» الصحيح من المذهب أن تسميته في العقد مستحبة لأنه عليه الصلاة والسلام كان يتزوج ويزوج ولا يخلى ذلك من صداق وقال للذى زوجه الموهوبة «هل شيء تصدقها؟ قال: لا قال: التمس ولو خاتماً من حديد» وليس ذكره شرطاً وفاقاً لقوله تعالى: ﴿ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾ وبالغ في التبصرة فكره تركه، وذكر الطحاوي أن كثيراً من أهل المدينة يبطلون هذا النكاح إذا خوصم فيه قبل الدخول. المبدع (١٩١/٦)

(٣) قوله: «وأن لا يزيد إلخ» لما روى مسلم من حديث عائشة رضى الله عنها أن صداق زواج النبي ﷺ على أزواجه خمسمائة درهم. المبدع (١٩١/٦)

(٤) انظر الصحاح (١٥٠٦/٤).

ولا يتقدر أقله [(١)] ولا أكثره [(٢)] بل كل ما جاز أن يكون ثمنا جاز أن يكون صداقا من قليل وكثير[(٣)] وعين ودين ومعجل ومؤجل ومنفعة معلومة[(٤)] كرعاية غنمها مدة معلومة وخياطة ثوب ورد عبدها من موضع معين [(٥)]، فإن كانت مجهولة كرد عبدها أين كان وخدمتها فيما شاءت لم يصح[(٦)].

---

(١) قوله: «ولا يتقدر أقله» هذا المذهب بل كل ما جاز أن يكون ثمناً جاز أن يكون صداقاً وبهذا قال الحسن وعمرو بن دينار وابن أبي ليلى والأوزاعي والليث والشافعي وإسحاق وأبو ثور وداود وزوج سعيد بن المسيب ابنته بدرهمين وعن سعيد بن جبير والنخعي وابن شبرمة ومالك وأبي حنيفة أنه مقدر الأقل ثم اختلفوا فيه فقال مالك وأبوحنيفة أقله ما يقطع به السارق وقال ابن شبرمة خمسة دراهم وعن النخعي أربعون وعنه عشرون وعن سعيد بن جبير خمسون واحتج أبو حنيفة بما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «لا مهر أقل من عشرة دراهم ولنا قوله عليه الصلاة السلام التمس ولو خاتما من حديد» متفق عليه وعن عامر بن ربيعة أن امرأة من بني فزارة تزوجت على نعلين فقال النبي ﷺ :«أرضيت من نفسك ومالك بنعلين؟ قالت: نعم فأجازه» رواه أبو داود والترمذي وصححه. الشرح الكبير (٤/٢٨٦-٢٨٧).

(٢) قوله: «ولا أكثره» وذلك بالإجماع قاله ابن عبد البر. انظر المبدع (٦/١٩٢).

(٣) قوله: «بل كل ما جاز إلخ» هذا المذهب لحديث جابر مرفوعاً «لو أن رجلاً أعطى امرأة صداقا ملء يده طعاما كانت له حلالا» رواه أبو داود بمعناه. المبدع (٦/١٩٢).

(٤) قوله: «من عين أو دين إلخ» هذا المذهب ومنافع الحر والعبد سواء وبه قال الشافعي لقوله تعالى حكاية عن شعيب مع موسى: ﴿ إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنۡ أُنكِحَكَ إِحۡدَى ٱبۡنَتَيَّ هَٰتَيۡنِ عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٖ ﴾ ولأن منفعة الحر يجوز العوض عنها في الإجارة فجازت صداقا كمنفعة العبد. الشرح الكبير (٤/٢٨٧).

(٥) قوله: «وخياطة ثوب إلخ» أي لأنها منفعة معلومة وعلم منه أن ما لا يجوز أن يكون ثمنا في المبيع كالمحرم والمعدوم والمجهول وما لا منفعة فيه وما لا يتم ملكه عليه كالمبيع في المكيل والموزون قبل قبضته وما لا يقدر على تسليمه كالطير في الهواء وما لا يتمول عادة كقشر جوزة وحبة حنطة لا يجوز أن يكون صداقا لأنه نقل للملك فيه بعوض فلم يجز ذلك فيه كالبيع. المبدع (٦/١٩٣)

(٦) قوله: «فإن كانت مجهولة إلخ» أي لأنه عوض في عقد معاوضة فلم يصح مجهولا كالثمن في البيع والأجرة في الإجارة. المبدع (٦/١٩٣).

[فائدة] إذا تزوجها على أن يحج بها لم تصح التسمية وبه قال الشافعي لأن الحملان مجهول لا يوقف له على حد. وقال النخعي والثوري ومالك والأوزاعي وأصحاب الرأي وأبو عبيد تصح. انظر الشرح الكبير (٤/٢٨٨).

وإن تزوجها على منافعه مدة معلومة فعلى روايتين[1] وكل موضع لا تصح التسمية وجب مهر المثل فإن أصدقها تعليم أبواب من الفقه أو الحديث أو قصيدة من الشعر المباح صح [2]، وإن كان لا يحفظها لم يصح، ويحتمل أن يصح ويتعلمها ثم يعلمها [3] وإن تعلمتها من غيره لزمه أجرة تعليمه فإن طلقها قبل الدخول وقبل تعلمها فعليه نصف الأجرة ويحتمل أن يعلمها نصفها وإن كان بعد تعلمها رجع عليها بنصف الأجرة وإن أصدقها تعليم شيء من القرآن

«**وعين، ودين**» العين: لفظ مشترك في نحو من عشرين مسمى. والمراد هنا: المال الحاضر، والدين: ما كان في الذمة.

«**كرعاية غنمها مدة**» الرعاية: الحفظ، وأكثر ما يستعمل الرعي: في الغنم، يقال: رعيت الغنم رعياً، وأرعيتها: جعلتها ترعى، فالراعي: حافظ، فيطلق على فعله الرعاية. والرعي، بالكسر: الكلأ.

---

(١) قوله: «وإن تزوجها على منافعه إلخ» إحداهما تصح وهى المذهب بدليل قصة موسى عليه الصلاة والسلام والثانية لا يصح وهو قول أبي حنيفة لأنها ليست مالا وتأول أبو بكر هذه الرواية على ما إذا كانت الخدمة مجهولة كرد عبدها الآبق أو خدمتها في أي شيء أرادت سنة فأما إن كانت معلومة كبناء حائط وخياطة ثوب جاز. انظر المبدع (١٩٣/٦).

[فوائد]: إحداها لو تزوجها على منافع حر غيره مدة معلومة صح على الصحيح من المذهب واختاره الشيخ تقي الدين. الإنصاف (٢٣٠/٨).

[الثانية] لا يضر جهل يسير ولا غرر يرجى زواله على الصحيح من المذهب، فعلى المذهب لو تزوجها على أن يشتري لها عبد زيد صح على الصحيح من المذهب نص عليه فلو تعذر شراؤه بقيمته فلها قيمته. الإنصاف (٢٣٠/٨-٢٣١).

[الثالثة] يصح عقده على دين سلم وغيره وعلى غير مقدور له كآبق ومغتصب يحصله وعلى مبيع اشتراه ولم يقبضه ولو مكيلا ونحوه كمعدود ومزروع وموزون لأن الصداق ليس ركنا في النكاح فاغتفر الجهل اليسير والعذر الذى يرجى زواله. الإنصاف(٢٣١/٨).

على قوله: «وجب مهر المثل» فلو أصدقها ما لا يجوز أن يكون صداقا كالخمر والخنزير وتعليم التوراة والإنجيل والمعدوم والآبق والمجهول كعبد وثوب ودار لا يفسد النكاح ويجب مهر المثل وعنه يفسد اختاره أبو بكر. المبدع(١٩٣/٦-١٩٤).

(٢) قوله: «وإن أصدقها تعليم إلخ» وكذا لو أصدقها تعليم شيء من الأدب أو صنعة أو كتابة وهذا المذهب لأنه يصح أخذ الأجرة على تعليمه. المبدع (١٩٤/٦).

(٣) قوله: «ويحتمل أن يصح إلخ» هذا المذهب. المبدع (١٩٤/٦).

معين لم يصح[1]. وعنه يصح ولا يحتاج إلى ذكر قراءة من القرآن وقال أبو الخطاب: يحتاج إلى ذلك ولو تزوج نساء بمهر واحد أو خالعهن بعوض واحد صح[2] ويقسم بينهن على قدر مهورهن في أحد الوجهين، وفي الآخر يقسم بينهن بالسوية.

«**أو قصيدة من الشعر المباح**» القصيدة: الأبيات المنظومة على روي واحد كبانت سعاد، ونحوها. والجمع: قصد، كسفينة، وسفن . والشعر: كلام موزون وهو معروف.

---

(١) قوله: «وإن أصدقها تعليم إلخ» هذا المذهب وهو مذهب مالك والليث وأبي حنيفة ومكحول وإسحاق وعنه يصح وهو مذهب الشافعي قال ابن رزين هذا الأظهر واختاره ابن عبدوس في تذكرته وجزم به في عيون المسائل لحديث سهل في قصة التي وهبت نفسها وفيه فقال رسول الله ﷺ: «زوجتكها بما معك من القرآن» ولنا أن الفروج لا تستباح إلا بالأموال لقوله تعالى: ﴿ أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَالِكُم ﴾ فأما الحديث فقيل معنى قوله بما معكَ من القرآن أي زوجتكها لأنك من أهل القرآن كما زوج أبا طلحة على إسلامه وليس في الحديث الصحيح ذكر التعليم ويحتمل أن يكون خاصاً بذلك الرجل فعلى القول بالصحة لا بد من تعيين ما يعلمها إياه إما سورة أو سوراً أو آيات بعينها. انظر الشرح الكبير (٤/٢٩٠).

(٢) قوله: «وإن تزوج نساء إلخ» هذا المذهب وبه قال أبو حنيفة وأشهر قولي الشافعي والقول الثاني أن المهر فاسد ويجب مهر المثل لأن كل ما يجب لواحدة من المهر غير معلوم.

ولنا أن الغرض في الجملة معلوم فلا يفسد لجهالته في التفصيل ويقسم العوض بينهن على قدر مهورهن على المذهب وهو قول أبي حنيفة وصاحبيه لأن الصفقة إذا وقعت على شيئين مختلفي القيمة وجب تقسيط العوض بينهما بالقيمة كما لو باع شقصا وسيفا. انظر الشرح الكبير (٤/٢٩١).

فصل

ويشترط أن يكون معلوماً كالثمن[1]. وإن أصدقها داراً غير معينة أو دابة لم يصح، وإن أصدقها عبداً مطلقا لم يصح[2]، وقال القاضي يصح ولها الوسط وهو السندي[3]، وان أصدقها عبداً من عبيده لم يصح ذكره أبو بكر[4] وروي عن أحمد رحمه الله تعالى أنه يصح ولها أحدهم بالقرعة. وكذلك يخرج إذا أصدقها دابة من دوابه أو قميصا من قمصانه ونحوه ، وإن أصدقها عبداً موصوفا صح[5]. وإن جاءها بقيمته أو أصدقها عبدا وسطا وجاءها بقيمته أو خالعته على ذلك فجاءته بقيمته لم يلزمها قبوله [6].

«**وهو السندي**» العبد السندي: هو منسوب إلى السند: البلاد المعروفة. يقال: سندي للواحد، وسند للجماعة، كزنجي وزنج.

---

(١) قوله: «ويشترط أن يكون معلوما إلخ» وهو المذهب وهو مذهب الشافعي لأن الصداق عوض في عقد معاوضة فاشترط كونه معلوما كالثمن في البيع. المبدع (٦/ ١٩٦-١٩٧)

(٢) قوله: «وإن أصدقها عبدا مطلقاً لم يصح» هذا المذهب للجهالة. المبدع (٦/ ١٩٧).

(٣) قوله: «وقال القاضي إلخ» قال في الفروع وظاهر نصه صحته واختاره ابن عبدوس وجزم به في المنور وقدمه في المحرر وغيره لقوله عليه الصلاة والسلام العلائق ما تراضى عليه الأهلون ولأنه عوض ثبت في الذمة بدلاً عما ليس المقصود فيه المال فثبت مطلقا كالدية. انظر المبدع (١٩٧/٦).

(٤) قوله: «وان أصدقها عبدا إلخ»هذا اختيار المصنف والشارح وروي عن أحمد أنه يصح وهو المذهب وكذا لو أصدقها دابة من دوابه أي فرسا من خيله أو بغلا من بغاله أو حمارا من حميره أو قميصا من قمصانه أو خاتما من خواتيمه وهذا المذهب في ذلك كله لأن الجهالة فيه يسيرة فعلى المذهب لها أحدهم بالقرعة نص عليه. المبدع (٦/ ١٩٧).

(٥) قوله: «وإن أصدقها عبدا موصوفا صحّ» هذا المذهب لأنه يجوز أن يكون عوضا في البيع والصفة تنزله منزلة المعين. المبدع (١٩٨/٦).

(٦) قوله: «وإن جاءها بقيمته إلخ» هذا أحد الوجهين وهو مذهب الشافعي وهو المذهب.المغني (١٨/٨).

وقال القاضي يلزمها ذلك[1] وان أصدقها طلاق امرأة له أخرى لم يصح[2] وعنه يصح، فإن فات طلاقها بموتها فلها مهرها في قياس المذهب، وإن تزوجها على ألف إن كان أبوها حيا وألفين إن كان ميتا لم يصح نص عليه [3]، وإن تزوجها على ألف إن لم يكن له زوجة وألفين إن كان له زوجة لم يصح في قياس التي قبلها والمنصوص أنه يصح[4]، وإذا قال العبد لسيدته أعتقيني على أن أتزوجك فأعتقته على ذلك عتق و لم يلزمه شيء[5]، وإذا فرض الصداق مؤجلا و لم يذكر محل الأجل صح في ظاهر كلامه ومحله الفرقة عند أصحابنا وعند أبي الخطاب لا يصح[6].

---

(١) قوله: «وقال القاضي إلخ» أي قياسا على الإبل في الدية وجوابه بأنها استحقت عليه عبدا بعقد معاوضة فلم يلزمها أخذ قيمته كالمسلم فيه وكما لو كان معينا والأثمان أصل في الدية كالإبل فيلزم الولى القبول لا على طريق القيمة وينتقض بالعبد المعين وبما قلنا قال الشافعي. الشرح الكبير(٢٩٣/٤).
[فائدة] إذا تزوجها على أن يعتق أباها صح نص عليه، فإن طلبت به أكثر من قيمته أو تعذر شراؤه فلها قيمته. الشرح الكبير (٢٩٤/٤).

(٢) قوله: «وإن أصدقها طلاق امرأة إلخ»وهو المذهب وهو قول أكثر الفقهاء لأن هذا ليس بمال ولقوله عليه الصلاة والسلام «لا تسأل المرأة طلاق أختها» فعلى هذا لها مهر المثل أو نصفه قبل الدخول، وقال الشيخ تقي الدين ولو قيل ببطلان النكاح لم يبعد لأن المسمى فاسد لا يدل له فهو كالخمر ونكاح الشغار. الشرح الكبير (٢٩٤/٤) المبدع (١٩٨/٦).
[فائدة] لو أصدقها عتق أمته صح بلا نزاع لأن لها فيه فائدة لما يحصل من ثواب العتق. انظر الإنصاف (٢٤٢/٨).

(٣) قوله: «وإن تزوجها على ألف إلخ» هذا المذهب لأن حال الأب غير معلومة فيكون مجهولا وحينئذ لها صداق نسائها. وعنه يصح لأن الألف معلومة وإنما جهل الثانى وهو معلق على شرط. المبدع (١٩٩/٦).

(٤) قوله: «وإن تزوجها على ألف إن لم إلخ» اختاره أبو بكر والمصنف والشارح قال في الإنصاف وهو الصواب لأنها في معنى ما تقدم. والمنصوص أنه يصح وهو المذهب. وكذا إن تزوجها على ألف إن لم يخرجها من دارها وعلى ألفين إن أخرجها لأن الألف معلومة وإنما جهلت الثانية وهى معلقة على شرطه فإن وجد الشرط كان زيادة في الصداق والزيادة فيه صحيحة. المبدع (١٩٩/٦).

(٥) قوله: «وإذا قال العبد إلخ» هذا المذهب جزم به في المغني والشرح وغيرهما وكذا لو قالت أعتقتك على أن تتزوج بى لم يلزمه ذلك ويعتق. المبدع (٢٠٠/٦).

(٦) قوله: «وإذا فرض الصداق إلخ» اعلم أن الصداق يجوز فرضه مؤجلا ومعجلا وبعضه=

فصل

وإن أصدقها خمرا أو خنزيرا أو مال مغصوبا صح النكاح ووجب مهر المثل[1] وعنه أنه يعجبه استقبال النكاح اختاره أبو بكر، والمذهب صحته، وإن تزوجها على عبد فخرج حراً أو مغصوبا أو عصير فبان خمرا فلها قيمته[2] وان وجدت به عيبا فلها الخيار بين أخذ أرشه أو رده وأخذ قيمته[3].

= مؤجلا وأما إن شرطه مؤجلا ولم يذكر محله وهى مسألة المصنف فالصحيح أنه يصح نص عليه لأن لذلك عرفا فوجب أن يصح ويحمل عليه ومحله الفرقة على المذهب وهو من مفرداته وهو قول النخعي والشعبي، وعنه يكون حالا وبه قال الحسن وأبو حنيفة والثورى وأبو عبيد وعن مكحول والأوزاعي يحل إلى سنة بعد الدخول بها واختار أبو الخطاب فساد المسمى ولها مهر المثل وهو قول الشافعي وقال الشيخ تقي الدين: الأظهر أنهم أرادوا بالفرقة البينونة فعلى هذا الرجعية لا يحل مهرها إلا بانقضاء عدتها فأما إن جعل الأجل مدة مجهولة كقدوم زيد ونحوه لم يصح للجهالة وإنما صح المطلق لأن أجله الفرقة بحكم العادة وقد صرفه هاهنا عن العادة بذكر الأجل فيحتمل أن تبطل التسمية ويحتمل أن يبطل التأجيل ويحل. انظر الشرح الكبير (٤/٢٩٦-٢٩٧).

(١) قوله: «وإن أصدقها خمرا إلخ» هذا المذهب نص عليه وبه قال عامة الفقهاء منهم الثوري والأوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي لأنه لا يبطل بجهالة العوض فلا يفسد بتحريمه كالخلع ولأن فساد العوض لا يزيد على عدمه ويجب مهر المثل في قول أكثر أهل العلم. الشرح الكبير (٤/٢٩٧).

(٢) قوله: «وإن تزوجها على عبد إلخ» يعنى قيمته يوم التزويج وبه قال أبو يوسف والشافعي في قديم قوله وقال في الجديد لها مهر المثل وقال أبو يوسف ومحمد في المغصوب كقولنا وفي الحر كقوله، وأما العصير فقيل لها مثله وهو المذهب اختاره المصنف والشارح. وعند الشيخ تقي الدين لا يلزمه في هذه المسائل شيء وكذا قال في مهر معين بقدر حصوله. الشرح الكبير (٤/٢٩٧) المبدع (٦/٢٠١)

[فائدة] لو تزوجها على عبدين فبان أحدهما حرا فالصحيح من المذهب أن لها قيمة الحر فقط ولو تزوجها على عبد فبان نصفه مستحقا أو أصدقها ألف ذراع فبانت تسعمائة خيرت بين أخذه وقيمة التالف وبين قيمة الكل وتقدم اختيار الشيخ تقي الدين أنه لا يلزمه شيء. المبدع (٦/٢٠٢)، والإنصاف (٨/٢٤٧).

(٣) قوله: «وإن وجدت به عيبا إلخ»وكذا لو بان ناقصا صفة شرطتها وحكم ذلك كله كالبيع كما تقدم، وعنه لا أرش مع الإمساك. انظر الإنصاف (٨/٢٤٨).

[فائدة] ذكر الزركشى عن الشيخ تقي الدين أنه ذكر في بعض قواعده جواز فسخ المرأة النكاح إذا ظهر المعقود عليه حرا أو مغصوبا أو معيبا، والأصحاب على خلاف ذلك. انظر الإنصاف (٨/٢٤٨).

فصل

وإن تزوجها على ألف لأبيها صح وكانا جميعا مهرها[1]، فإن طلقها قبل الدخول بعد قبضهما رجع عليها بألف ولم يكن على الأب شيء مما أخذ[2] فإن فعل ذلك غير الأب فالكل لها دونه، وللأب تزويج ابنته البكر والثيب بدون صداق مثلها وإن كرهت[3]، وإن فعل ذلك غيره بإذنها صح ولم يكن لغيره الاعتراض [4]، فإن فعله بغير إذنها وجب مهر المثل[5] ويحتمل أن لا يلزم الزوج

---

(١) قوله: «وإن تزوجها على ألف إلخ» يجوز لأبي المرأة الحرة أن يشترط شيئا من صداقها لنفسه وبه قال إسحاق، وقد روي عن مسروق أنه زوج ابنته واشترط لنفسه عشرة آلاف بل يصح ولو اشترط كل الصداق لنفسه وهذا الصحيح من المذهب لأن شعيبا زوج موسى عليه السلام على رعاية غنمه وذلك اشتراط لنفسه ولأن للولد الأخذ من مال ولده وقال عطاء وطاوس وعكرمة وعمر بن عبد العزيز والثورى وأبو عبيد يكون ذلك كله للمرأة وقال الشافعي إذا فعل ذلك فلها مهر المثل وتفسد التسمية لأنه نقص من صداقها لأجل هذا الشرط الفاسد. انظر / الشرح الكبير (٤/٢٩٨-٢٩٩).

(٢) قوله: «فإن طلقها قبل إلخ» وهذا المذهب نص عليه لأنه أخذ من مال ابنته ألفا فلا يجوز الرجوع عليه بشيء، قال في الشرح وإن شرط لنفسه جميع الصداق ثم طلق قبل الدخول بعد تسليم الصداق إليه رجع في نصف ما أعطى الأب لأنه الذى فرض لها ويحتمل أن يرجع عليها بنصفه ويكون ما أخذه الأب له انتهى. المبدع (٦/٢٠٣).
[فائدة] يملك الأب ما اشترط لنفسه بنفس العقد كما تملك هى حتى لو مات قبل القبض ورث عنه لكن يقدر فيه الانتقال إلى الزوجة أولا ثم إليه كأعتق عبدك من كفارتى ذكر ذلك ابن عقيل وقدمه الزركشى، وقال القاضي والمصنف والشارح لا يملكه إلا بالقبض مع النية لتملكه كسائر مالها. الإنصاف (٨/٢٥٠).

(٣) قوله: «وللأب تزويج إلخ» هذا المذهب مطلقا أي سواء كانت صغيرة أو كبيرة وبه قال مالك وأبو حنيفة وقال الشافعي ليس له ذلك فإن فعل فلها مهر مثلها ولنا أن عمر خطب الناس فقال: ألا لا تغالوا في صداق النساء فما أصدق رسول الله ﷺ أحدا من نسائه ولا أحدا من بناته أكثر من اثنتى عشرة أوقية وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكروه فكان اتفاقا. وزوج سعيد بن المسيب ابنته بدرهمين وهو من أشراف قريش وسواء رضيت أو كرهت. انظر / الشرح الكبير (٤/٢٩٩-٣٠٠).

(٤) قوله: «فإن فعل ذلك إلخ» هذا المذهب وعليه الأصحاب لأن الحق في ذلك تمحض لها بخلاف تزويجها بغير كفؤ. المبدع (٦/٢٠٤).
على قوله: «ولم يكن لغيره» أي من الأولياء. المبدع (٦/٢٠٤).

(٥) قوله: «فإن فعله بغير إلخ» أي فيجب مهر المثل ويكمله الزوج على الصحيح من المذهب لأنه قيمة نفسها وليس للولى نقصها منه. المبدع (٦/٢٠٤) وقال في الإقناع=

إلا المسمى والباقي على الولي كالوكيل في البيع، وإن زوج ابنه الصغير بأكثر من مهر المثل صح ولزم ذمة الابن(١)، فإن كان معسرا فهل يضمنه الأب؟ يحتمل وجهين(٢). وللأب قبض صداق ابنته الصغيرة بغير إذنها(٣)، ولا يقبض صداق الثيب الكبيرة إلا بإذنها(٤). وفي البكر البالغ روايتان(٥).

فصل

وإن تزوج العبد بإذن سيده؟ على صداق مسمى صح، وهل يتعلق برقبته أو ذمة سيده؟ على روايتين(٦).

= وإن فعله بغير إذنها وجب مهر المثل ويكمله زوج ويكون الولى ضامنا. انتهى كشاف القناع للبهوتى(١٥٣/٥).

على قوله: «كالوكيل في البيع» قال في الإنصاف وهو الصواب وقد نص عليه واختاره الشيخ تقي الدين وقدمه في القواعد الإنصاف (٢٥٢/٨) .

(١) قوله: «وإن زوج ابنه إلخ» هذا المذهب قال القاضى رواية واحدة لأن تصرف الأب ملحوظ فيه الصحة فكما يصح أن يزوج ابنته بدون مهر المثل للمصلحة فكذا يصح هنا تحصيلا لها. المبدع (٢٠٤/٦).

(٢) قوله: «فإن كان معسرا إلخ» وهما روايتان إحداهما لا يضمنه كثمن مبيعه وهو المذهب. المبدع (٦/٢٠٤-٢٠٥).

(٣) قوله: «وللأب قبض إلخ» هذا بلا نزاع لأنه يلي مالها فكان له قبضه كثمن مبيعها والسفيهة والمجنونة كذلك. المبدع (٢٠٥/٦).

(٤) قوله: « ولا يقبض إلخ» يعنى إذا كانت رشيدة وهذا المذهب لأنها المتصرفة في مالها فاعتبر إذنها في قبضه كثمن مبيعها . انظر المبدع (٢٠٥/٦).

(٥) قوله: «وفي البكر إلخ» يعنى الرشيدة إحداهما لا يقبضه إلا بإذنها وهى المذهب كالثيب، والثانية بلى لأنه العادة. فعلى الثانية يبرأ الزوج بقبض الأب وترجع على أبيها بما بقي لا بما أنفق. المبدع (٢٠٥/٦).

(٦) قوله: «وهل يتعلق برقبته إلخ» إحداهما يتعلق بذمة سيده وهو المذهب نقله الجماعة وكذلك النفقة، وسواء ضمنها أو لم يضمنها وسواء كان مأذونا له في التجارة أو محجورا عليه نص عليه. وعنه يتعلق برقبته قدمه في المحرر والنظم وغيرهما الخ، وعنه يتعلق بكسبه فإنه قال نفقته من ضريبته وقال : إن كانت نفقته بقدر ضريبته أنفق عليها، ولا يعطي المولى، وإن لم يكن عنده ما ينفق فرق بينهما وهذا قول الشافعي. وفائدة الخلاف أنا إذا قلنا تتعلق بذمة السيد تجب النفقة عليه وإن لم يكن للعبد كسب وليس للمرأة الفسخ لعدم كسبه وللسيد=

وإن تزوج بغير إذنه لم يصح النكاح[1]. وإن دخل بها وجب في رقبته مهر المثل[2]، وعنه يجب خمسا المسمى اختاره الخرقي، وإن زوج السيد عبده أمته لم يجب مهر ذكره أبو بكر[3]، وقيل يجب ويسقط، وإن زوج عبده حرة ثم

= استخدامه ومنعه من التكسب، وإن قلنا يتعلق بكسبه فللمرأة الفسخ إذا لم يكن له كسب. المبدع (٦/٢٠٥-٢٠٦).

[فائدتان] متى أذن له وأطلق لم ينكح إلا واحدة نص عليه وزيادته على مهر المثل في رقبته على الصحيح من المذهب، وعنه بذمته، وفي تناول النكاح الفاسد احتمالان، قال في الإنصاف الصواب أنه لا يتناوله. الإنصاف (٨/٢٥٥).

[الثانية] لو كان الطلاق رجعيا فله الرجعة بدون إذن سيدة لأن الملك قائم بعد، وإن كان الطلاق بائنا لم يملك إعادتها بغير إذنه. الإنصاف (٨/٢٥٦).

(١) قوله: ((وإن تزوج بغير إذن سيده إلخ)) أجمع العلماء على أن العبد ليس له أن ينكح بغير إذن سيده فان فعل لم ينفذ نكاحه في قول الجميع، قال ابن المنذر أجمعوا على أن نكاحه باطل قال المصنف والصحيح ما قلنا فإنهم اختلفوا في صحته فمن أحمد روايتان أظهرهما أنه باطل وهو المذهب وهو قول عثمان وابن عمر وبه قال شريح والشافعي، وعنه أنه موقوف فإن أجازه السيد وإلا بطل وهو قول أصحاب الرأي. ولنا ما روى جابر أن النبي ﷺ قال ((أيما عبد تزوج بغير إذن سيده فهو عاهر)) رواه أحمد وأبو داود والترمذي وحسنه وإسناده جيد لكن فيه محمد بن عقيل وفيه كلام)) ورواه الخلال من حديث ابن عمر مرفوعا وأنكره أحمد ورواه أبو داود وابن ماجه عن ابن عمر موقوفا فإن فارقها قبل الدخول فلا شيء عليه لأنه عقد باطل وهكذا سائر الأنكحة لا توجب بمجردها شيئا. انظر / الشرح الكبير (٤/٣٠١)،المبدع ٦/٢٠٦).

(٢) قوله: ((فإن دخل بها إلخ)) هذا المذهب نص عليه فعلى هذا يباع فيه إلا أن يفديه السيد. وروي عن أحمد أنه لا مهر لها وهذا يمكن حمله على ما قبل الدخول فيكون موافقا لرواية الجماعة. ويمكن حمله على عمومه فى عدم الصداق وهو قول ابن عمر، ورواه الأثرم عن نافع قال ((كان إذا تزوج مملوك لابن عمر بغير إذنه جلده الحد وأبطل صداقها)) . المبدع (٦/٢٠٦)

[تنبيه] مراده والله أعلم بالدخول فى قوله فإن دخل بها الوطء وقد صرح به فى الوجيز وغيره فعلى هذا لا يجب بالخلوة إذا لم يطأ، والظاهر أن هذا من الأنكحة الفاسدة يعطى حكمها فى الخلوة على ما يأتي فى آخر الباب والخلاف فيه. الإنصاف (٨/٢٥٨/٢٥٩).

[فائدة] يفديه سيده بالأقل من قيمته أو المهر الواجب. الإنصاف (٨/٢٥٩).

(٣) قوله: ((وإن زوج السيد إلخ)) احتار هذا جماعة منهم القاضى، وعنه يجب المهر ويتبع به بعد عتقه نقله سندي وهو المذهب، قال فى المحرر وغيره وهو المنصوص وجزم به فى الوجيز والمنور. المبدع (٦/٢٠٧).

باعها العبد بثمن فى الذمة تحول صداقها أو نصفه إن كان قبل الدخول إلى ثمنه[1]، وإن باعها إياه بالصداق صح قبل الدخول وبعده[2]، ويحتمل أن لا يصح قبل الدخول.

فصل

وتملك المرأة الصداق المسمى بالعقد[3]، فإن كان معينا كالعبد والدار فلها التصرف فيه ونماؤه لها ونقصه وزكاته وضمانه عليها[4] إلا أن يمنعها قبضه فيكون ضمانه عليه[5].

---

(١) قوله: «وإن زوج عبده حرة إلخ» يعنى يتحول صداقها أو نصفه إلى ثمنه يعنى إذا قلنا بتعلق المهر برقبة العبد فأما إن قلنا يتعلق بذمة السيد وهو المذهب فإن كان المهر وثمن العبد من جنس واتفقا في الحلول أو التأجيل تقاصا. المبدع (٢٠٧/٦)

(٢) قوله: «وإن باعها إياه إلخ» هذا المذهب نص عليه وعليه جماهير الأصحاب ويحتمل أن لا يصح قبل الدخول وهو رواية ذكرها في الفروع والمستوعب وقال لأنها متى ملكته انفسخ النكاح، قال فعلى هذا يجب أن لا يصح شراؤها لزوجها قبل الدخول لأنه يبطل مهرها لأن الفرقة بسبب من جهتها وإذا بطل المهر بطل الشراء قال وهذه إحدى مسائل الدور. انظر / المبدع (٢٠٨/٦).

[فائدة]لو جعل السيد العبد مهرها بطل العقد كمن زوج ابنه على رقبة من يعتق على الابن لو ملكه إذ نقدره له قبلها. الإنصاف (٢٦١/٨-٢٦٢)

(٣) قوله: «وتملك المرأة إلخ» هذا المذهب نص عليه وعليه الأصحاب وهو قول عامة أهل العلم، وعنه لا تملك إلا نصفه وحكى عن مالك قال ابن عبد البر هذا موضع اختلف فيه السلف والآثار. فأما الفقهاء اليوم فعلى أنها تملكه ولقوله عليه الصلاة والسلام «إن أعطيتها إزارك جلست ولا إزار لك»فدل على أن الصداق كله للمرأة ولا يبقى للرجل فيه شيء. الشرح الكبير (٣٠٤/٤)

(٤) قوله: «فإن كان معينا إلخ» أى وسواء كان النماء متصلا أو منفصلا وسواء في الضمان كونها قبضته أم لم تقبضه وهذا المذهب. فعليها زكاته إذا تم عليه الحول نص عليه ولو زكت ثم طلقت قبل الدخول كان ضمان الزكاة عليها لأنها قد ملكته. المبدع (٣٠٤/٤)

(٥) قوله: «إلا أن يمنعها إلخ» وهذا المذهب لأنه غاصب أو بمنزلته، وإن زاد فالزيادة لها وإن نقص فالنقص عليه وهو بالخيار بين أخذ نصفه ناقصا وبين أخذ نصف قيمته=

وعنه فيمن تزوج على عبد ففقئت عينه إن كانت قد قبضته فهو لها وإلا فهو على الزوج، فعلى هذا لا يدخل في ضمانها إلا بقبضه، وإن كان غير معين كقفيز من صبرة لم يدخل في ضمانها ولم تملك التصرف فيه إلا بقبضه كالمبيع[(١)]، وإن قبضت صداقها ثم طلقها قبل الدخول رجع بنصفه إن كان باقيا[(٢)] ويدخل في ملكه حكما كالميراث[(٣)]، ويحتمل أن لا يدخل حتى يطالب به ويختار فما ينمى قبل ذلك فهو لها، وإن زاد الصداق زيادة منفصلة رجع في

«**ففقئت عينه**» قال الجوهري، فقأت عينه: إذا بخقتها ، أي: غرتها.
يقال: غار عينه ، وأغورها، وفقأها ، وبخقها، كله بمعنى.
«**حكما**» منصوب على المصدر، أي: دخولا حكما، وهو مصدر مبين للنوع، لأن الدخول نوعان: حسي، وحكمي، فبين بقوله: حكما أحد النوعين .
«**فما ينمى**» يقال: نمى المال، وغيره ينمى، ويقال: ينمو بالواو. ويقال: نمو، ينمو بوزن: ظرف يظرف، والأولى: الفصحى، وكله بمعنى: كثر.

= أكثر ما كانت من يوم العقد إلى يوم القبض لأنه إن زاد بعد العقد فالزيادة لها وإن نقص فالنقص عليه إلا أن تكون الزيادة لتغير الأسعار. المبدع (٦/٢٠٩).
على قوله: «فيكون ضمانه عليه» إلا أن تتلفه هي فيكون إتلافها قبضا منها ويسقط عنه ضمانه. المبدع (٦/٢٠٩) .
على قوله: «إلا بقبضه» ظاهر هذا أنه جعله قبل قبضه من ضمان الزوج بكل حال سواء كان معينا أو لم يكن وهذا مذهب الشافعي فعلى هذا يضمنه بمثله إن كان مثليا وإلا قيمته يوم العقد. الشرح الكبير (٤/٣٠٤).
(١) قوله: «وإن كان غير معين إلخ» وتقدم الخلاف في ذلك والصحيح أن المذهب ما يحصل به القبض في آخر خيار البيع فإن هذا مثله عنه الأصحاب. المبدع (٦/٢٠٩)
(٢) قوله: «وإن قبضت صداقها إلخ» لقوله تعالى ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ ﴾ الآية وليس في هذا اختلاف بحمد الله. المبدع (٦/٢١٠)
(٣) قوله: «ويدخل إلخ» هذا المذهب لأن قوله تعالى: ﴿ فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ يدل عليه لأن التقدير فنصف ما فرضتم لكم فعلى هذا ما يحدث من النماء يكون بينهما. المبدع (٦/٢١٠).
على قوله: «ويختار» وهذا قول أبي حنيفة. الشرح الكبير(٤/٣٠٥) .

نصف الأول والزيادة لها[1]، وإن كانت متصلة فهى مخيرة بين دفع نصفه زائدا وبين دفع نصف قيمته يوم العقد[2]، وإن كان ناقصا خير الزوج بين أخذه ناقصا وبين نصف القيمة وقت العقد [3] ، وإن كان تالفا أو مستحقا بدين أو شفعة فله نصف قيمته يوم العقد، إلا أن يكون مثليا فيرجع بنصف مثله، وقال القاضى: له القيمة أقل ما كانت من يوم العقد إلى يوم القبض، وإن نقص الصداق فى يدها بعد الطلاق فهل تضمن نصفه؟ يحتمل وجهين[4]. وإن قال

---

(١) قوله: ((وإن زاد الصداق إلخ)) هذا الصحيح من المذهب نص عليه لأن الطلاق قبل الدخول يقتضى الرجوع في نصف الصداق وقد أمكن الرجوع فيه من غير ضرر والزيادة لها لأنها نماء ملكها. وعنه يرجع بنصفهما. المبدع (٦/٢١٠).
على قوله: ((منفصلة))كالولد والثمرة. المبدع (٦/٢١٠).

(٢) قوله: ((وإن كانت متصلة)) اعلم أن الزيادة المتصلة للزوجة على الصحيح من المذهب وليس للزوج الرجوع فيها. فعلى هذا يثبت ما ذكره المصنف لأنها إن اختارت دفع نصف الأصل زائدا كان ذلك إسقاطا لحقها من الزيادة وان اختارت دفع نصف قيمته كان لها ذلك لأنه لا يلزمها دفع نصف الأصل زائدا لاشتماله على الزيادة التى لا يمكن فصلها عنه ويتخرج أن يجب دفعه بزيادته كالمنفصلة وأولى. انظر / المبدع (٦/٢١٠-٢١١).
على قوله: ((متصل)) كالسمن وتعلم صنعة وبهيمة حملت.

(٣) قوله: ((وان كان ناقصا إلخ)) هذا المذهب نص عليه وعليه جماهير الأصحاب لأنه إذا اختار ذلك فقد رضى بإسقاط حقه، وان لم يرض فلأن قبوله ناقصا ضرر عليه وهو منفي شرعا، فعل الأول هل له أرش النقص كما هو مختار القاضى في تعليقه كالمبيع المعيب؟ أو لا أرش كواجد شيئا عند المفلس وهو اختيار الأكثرين؟ فيه قولان. المبدع (٦/٢١١).
[فائدة] إذا تصرفت المرأة في الصداق ببيع أو هبة مقبوضه أو عتق أو رهن أو كتابة منع ذلك الرجوع في نصفه لأنه تصرف ينقل الملك ويثبت حق الزوج في القيمة إن لم يكن الصداق مثليا ولا تمنع الوصية والشركة والمضاربة والإيداع والإعارة والتدبير من الرجوع، وان تصرفت بإجارة وتزويج رقيق لم يمنع ويخير الزوج بين الرجوع في نصفه ناقصا وبين الرجوع في نصف قيمته، فإن رجع في نصف المستأجر صبر حتى تنقضي الإجارة.

(٤) قوله: ((وإن نقص الصداق إلخ)) إن كانت منعته منه بعد طلبه منها حتى نقص أو=

الزوج نقص قبل الطلاق وقالت بعده فالقول قولها بيمينها. والزوج هو الذى بيده عقدة النكاح فإذا طلق قبل الدخول فأيهما عفا لصاحبه عما وجب له من المهر وهو جائز الأمر فى ماله برئ منه صاحبه، وعنه أنه الأب فله أن يعفو عن نصف مهر ابنته الصغيرة إذا طلقت قبل الدخول.

فصل

إذا أبرأت المرأة زوجها من صداقها أو وهبته له ثم طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصفه[(١)]، وعنه لا يرجع بشيء[(٢)]، وإن ارتدت قبل الدخول فهل يرجع عليها بجميعه؟ على روايتين[(٣)]. وكل فرقة جاءت من الزوج كطلاقه وخلعه وإسلامه وردته أو من أجنبى كالرضاع ونحوه قبل الدخول يتنصف بها المهر بينهما[(٤)]، وكل فرقة جاءت من قبلها كإسلامها وردتها ورضاعها من ينفسخ

= تلف فعليها الضمان لأنها غاصبة، وإن تلف أو نقص قبل المطالبة بعد الطلاق فقال المصنف هنا يحتمل وجهين أحدهما تضمنه وهو المذهب وسواء كان متميزا أو لا لأنه وجب له نصف الصداق فلم يدخل في ضمانه إلا بالقبض والثانى لا تضمنه اختاره المصنف والشارح وقالا هو قياس المذهب لأنه دخل في يدها بغير فعلها ولا عدوان من جهتها فلم تضمنه كالوديعة. انظر/ المبدع (٦/٢١٣) ، والإنصاف (٨/٢٦٨-٢٦٩).

(١) قوله: «إذا أبرأت المرأة زوجها إلخ» هذا المذهب لأن الطلاق قبل الدخول يقتضى الرجوع في نصف الصداق وقد وجد ولا أثر لكونها أبرأته أو وهبته له لأن ذلك حصل مستأنفا فلم يمنع استحقاق النصف كما لو وهبته لأجنبى فوهبه الأجنبى للزوج. المبدع (٦/٢١٥).

(٢) قوله: «وعنه إلخ» أى لأن نصف الصداق تعجل بالهبة ولأن عقد الهبة لا يقتضى ضمانا وعنه يرجع مع الهبة دون الإبراء صححه في المحرر. المبدع (٦/٢١٥).

[فائدتان] لو وهبته نصفه ثم تنصف رجع بالباقي على الرواية الأولى وبنصفه على الرواية الأخرى. الإنصاف (٨/٢٧٦-٢٧٧).

[الثانية] لو قضى المهر أجنبى متبرعا ثم سقط أو تنصف فالراجع للزوج على الصحيح من المذهب، وقيل الراجع للأجنبى المتبرع. الإنصاف (٨/٢٧٧).

(٣) قوله: «وان ارتدت إلخ» إحداهما يرجع بجميعه وهو الصحيح.

(٤) قوله: «وكل فرقة إلخ» وكذا تعليق طلاقها على فعلها وتوكيلها فيه ففعلته فيهما على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب لقوله تعالى: ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ=

به نكاحها وفسخها لعيبه أو إعساره وفسخه لعيبها يسقط به مهرها ومتعتها[1]. وفرقة اللعان تخرج على روايتين[2] وفى فرقة بيع الزوجة من الزوج وشرائها له وجهان [3]، وفرقة الموت يستقر بها المهر كله كالدخول [4] ولو قتلت نفسها لاستقر

= أَن تَمَسُّوهُنَّ﴾ الآية ثبت في الطلاق والباقي قياسا عليه لأنه في معناه. وقال الشيخ تقي الدين: لو علق طلاقها على صفة وكانت من فعلها الذى لها منه بد وفعلته فلا مهر لها، وقواه صاحب القواعد، وإنما تنصف المهر بالخلع لأن المغلب فيه حال الزوج بدليل أنه يصح منه ومن غيرها وهو خلعه مع الأجنبى فصار كالمنفرد به، وأما إذا جاءت الفرقة من الأجنبى كالرضاع ونحوه فانه يجب نصف المهر، لأنه لا جناية منها ويرجع الزوج بما لزمه على الفاعل لأنه قرره عليه ويأتى في كلام المصنف في الرضاع. انظر/ المبدع (٦/٢١٦) ، الإنصاف (٨/٢٧٨-٢٧٩).

[فائدة] لو أقر الزوج بنسب أو إرضاع أو غير ذلك من المفسدات قبل منه في انفساخ النكاح دون سقوط النصف، ولو وطئ أم زوجته أو ابنتها بشبهة أو زنا انفسخ النكاح ولها نصف الصداق نص عليه. الإنصاف (٨/٢٨٠).

(١) قوله: «وكل فرقة جاءت من قبلها إلخ» أما إذا أسلمت أو ارتدت قبل الدخول فتقدم ذلك في نكاح الكفار مستوفى، وأما إذا جاءت الفرقة من قبلها برضاعها من ينفسخ نكاحها فيأتي ذلك إن شاء الله تعالى في كتاب الرضاع حيث قال : فإذا أرضعت امرأته الكبرى الصغرى الخ وأما فسخها لعيبه وفسخه لعيبها فإن ذلك يسقط به مهرها بلا خلاف في المذهب إلا توجيها لصاحب الفروع. المبدع (٦/٢١٦-٢١٧).

[فائدة] لو شرط عليه شرط صحيح حالة العقد فلم يف به وفسخت سقط به مهرها على الصحيح من المذهب، وعنه يتنصف بفسخها قبل الدخول. الإنصاف (٨/٢٨١).

(٢) قوله: «وفرقة اللعان إلخ» إحداهما يسقط به المهر وهو المذهب لأن الفسخ من قبلها لأنه إنما يحصل عن تمام لعانها. المبدع (٦/٢١٧).

(٣) قوله: «وفي فرقة إلخ» أحدهما يتنصف به المهر وهو المذهب لأنه في حالة شرائها له تم بالسيد وبالمرأة أشبه الخلع وفي الثانية تم البيع بالزوج والسيد أشبه الخلع. المبدع (٦/ ٢١٧).

(٤) قوله: «وفرقة الموت» هذا المذهب حرة كانت أو أمة لما روى معقل بن سنان الأشجعى أن النبي ﷺ قضى في بروع بنت واشق وقد نكحت بغير مهر فمات زوجها بمهر نسائها والميراث الشرح الكبير (٤/٣١٨)، المبدع(٦/٢١٨)، قال ابن حجر في التلخيص رواه أحمد وأصحاب السنن وابن حبان والحاكم وصححه ابن مهدي والترمذي وقال ابن حزم لا مغمز فيه لصحة إسناده والبيهقى في الخلافيات، وقال=

مهرها كاملا.

= الشافعي لا أحفظه من وجه يثبت مثله وقال لو ثبت حديث بروع لقلت به، قال الحاكم وقال شيخنا أبو عبد الله لو حضرت الشافعي لقمت على رءوس الناس وقلت: قد صح الحديث فقل به. انتهى ملخصا. انظر / تلخيص الحبير (٣/١٩١) — ح (١٥٥٣) خلاصة البدر المنير (٢/٢٠٥).

[فوائد] اعلم أن المهر يتقرر كاملا سواء كانت حرة أو أمة بأشياء ذكر المصنف منها الموت وهو بلا خلاف قاله في الإنصاف وذكر القتل وهو كالموت حتف أنفها سواء قتلت نفسها أو قتلتها غيرها لأنها فرقة حصلت بانقضاء الأجل. ومما يقرر المهر كاملا وطئها في فرج حية لا ميتة ولو بوطئها في الدبر على الصحيح من المذهب وقيل لا يقرره الوطء في الدبر. ومنها الخلوة على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب انظر الإنصاف (٨/٢٨٣-٢٨٤).

وإن لم يطأ روى ذلك عن الخلفاء الراشدين وزيد وابن عمر وبه قال على بن الحسين وعروة والزهري والأوزاعي وإسحاق وأصحاب الرأي وهو قول الشافعي في القديم، وقال شريح والشعبى وطاوس وابن سيرين والشافعي في الجديد لا يستقر إلا بالوطء وحكى ذلك عن ابن مسعود وابن عباس. ولنا إجماع الصحابة فروى الإمام أحمد والأثرم عن زرارة بن أوفى قال قضى الخلفاء الراشدون المهديون أن من أغلق بابا أو أرخى سترا فقد وجب المهر ووجبت العدة ورواه أيضا عن الأحنف عن عمر وعلى وعن سعيد بن المسيب وعن زيد بن ثابت عليها العدة ولها الصداق كاملا. وهذه قضايا اشتهرت و لم يخالفهم أحد في عصرهم فكان إجماعا. وما رووه عن ابن عباس لا يصح وحديث ابن مسعود منقطع قاله ابن المنذر انظر الشرح الكبير (٤/٣٢٢) وهو من مفردات المذهب وقال في القواعد من الأصحاب من حكى رواية بأن المهر لا يستقر بالخلوة بمجردها بدون الوطء وأنكر هذه الرواية الأكثرون فعلى المذهب يتقرر كاملا لم تمنعه بشرط أن يعلم بها على الصحيح من المذهب وعنه يتقرر وإن لم يعلم بها ويشترط في الخلوة أن لا يكون عندهما مميز مطلقا على الصحيح من المذهب و يشترط أيضا أن يكون ممن يطأ مثله بمن يوطأ مثلها ولا يقبل دعواه علمه بها والصحيح من المذهب ولو كان أعمى نص عليه لأن العادة لا يخفي عليه ذلك ويقبل قول مدعى الوطء على الصحيح من المذهب ولو خلا بها وبهما مانع شرعى كإحرام وحيض وصوم ، أو حسى كجب ورتق ونضاوة تقرر المهر على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب قال الزركشى اتفقوا فيما علمت أن هذا المذهب انتهى وهو من مفرداته وقدمه المصنف والشارح وغيرهما، وعنه لا يقرره. ومما يقرره أيضا اللمس والنظر إلى فرجها ونحوه لشهوة حتى تقبيلها بحضرة الناس نص عليه وهو من المفردات. انظر الإنصاف (٨/٢٨٤-٢٨٥) .

فصل

وإذا اختلف الزوجان فى قدر الصداق فالقول قول الزوج مع يمينه (١) وعنه القول قول من يدعى مهر المثل منهما (٢) فإن ادعى أقل منه وادعت أكثر منه رد إليه بلا يمين عند القاضى فى الأحوال كلها، وعند أبى الخطاب تجب اليمين، وإن قال تزوجتك على هذا العبد قالت بل على هذه الأمة خرج على الروايتين، فإن اختلفا فى قبض المهر فالقول قولها(٣)، وإن اختلفا فيما يستقر بـه المهر فالقول قوله (٤)، وإن تزوجها على صداقين سرا وعلانيـة

---

(١) قوله: «واذا اختلف الزوجان إلخ» هذا المذهب نص عليه وهو قول الشعبى وابن أبى ليلى وابن شبرمة وأبى ثور وبه قال أبو يوسف، إلا أن يدعى مستنكرا بأن يدعى مهرا لا يتزوج بمثله في العادة لأنه منكر للزيادة فيدخل في عموم قوله ﷺ ولكن اليمين على المدعى عليه. المبدع (٢١٨/٦).

(٢) قوله: «وعنه إلخ» وبهذا قال أبو حنيفة وهو الذى ذكره الخرقى، وعن الحسن والنخعى وحماد وأبى عبيد مثله ونصره القاضى وأصحابه وجزم به في الوجيز لأن الظاهر صدق من يدعيه فلو ادعت المرأة مهر المثل أو أقل منه قبل قولها وإن ادعى الزوج مهر المثل أو أكثر منه قبل قوله ولا فرق بين أن يكون هذا الاختلاف قبل الدخول أو بعده قبل الطلاق أو بعده. وعنه يتحالفان فإن حلف أحدهما ونكل الآخر ثبت ما قاله الآخر وإن حلفا وجب مهر المثل الشرح الكبير (٤٣١٨). وقال الشيخ تقي الدين يتخرج لنا كقول مالك إن كان الاختلاف قبل الدخول تحالفا وإن كان بعده فالقول قول الزوج فعلى هذه الرواية الثانية وهى أن القول قول من يدعى مهر المثل منهما لو ادعى أقل منه وادعت أكثر منه رد إليه بلا يمين عند القاضى في الأحوال كلها. وقال المصنف في المغني إذا ادعى أقل من مهر المثل وادعت أكثر منه رد إلى مهر المثل و لم يذكر أصحابنا يمينا . والأولى أن يتحالفا فإن ما يقوله كل واحد منهما محتمل للصحة انظر / الإنصاف (٢٩٠/٨).

(٣) قوله: «فإن اختلفا في قبض المهر إلخ» هذا المذهب وعليه الأصحاب قاطبة وذكر في الواضح رواية أن القول قوله بناء على ما إذا قال كان له علي كذا وقضيته. الإنصاف (٢٢٠/٨)

(٤) قوله: «وإن اختلفا فيما يستقر به المهر إلخ» هذا بلا نزاع. انظر المبدع (٢٢٠/٦).

أخذ بالعلانية [1]، وإن كان قد انعقد بالسر ذكره الخرقي، وقال القاضى إن تصادقا على السر لم يكن غيره[2]، وإن قال هو عقد واحد أسررته ثم أظهرته وقالت بل هو عقدان فالقول قولها مع يمينها.

---

(١) قوله: «وإن تزوجها على صداقين إلخ» وهذا المذهب وعليه أكثر الأصحاب وبه قال الشعبى وابن أبى ليلى والثورى وأبو عبيد.

(٢) قوله: «وقال القاضى إلخ» أى الواجب الذى انعقد به النكاح سرا كان أو علانية، وحمل كلام أحمد على أن المرأة لم تقر بنكاح السر فثبت مهر العلانية لأنه الذى انعقد به النكاح، وهذا قول سعيد بن عبد العزيز وأبى حنيفة والأوزاعي والشافعي ونحوه عن شريح والحسن والزهري والحكم بن عتيبة ومالك وإسحاق لأن العلانية ليس بعقد ولا يتعلق بها وجوب شيء. ووجه الأول أنه إذا عقد في الظاهر عقدا بعد عقد السر فقد وجد أنه بذل الزائد على مهر السر فيجب عليه ذلك كما لو زادها على صداقها. الشرح الكبير (٣٢١/٤)

[تنبيه] قال المصنف في المغني ومن تابعه من الشارح وغيره: وجه قول الخرقى أنه إذا عقد في الظاهر عقدا بعد عقد السر الخ قالوا ومقتضى ما ذكرناه من التعليل لكلام الخرقى أنه إن كان مهر السر أكثر من العلانية وجب مهر السر لأنه وجب عليه بعقده ولم تسقطه العلانية فيبقى وجوبه انتهى. المغني (٢٨٢/٨) الإنصاف (٨/ ٢٩٣-٢٩٤).

[فوائد] لو اتفقا قبل العقد على مهر وعقداه بأكثر منه تجملا مثل أن يتفقا على أن المهر ألف ويعقدا على ألفين فالصحيح من المذهب أن الألفين هى المهر جزم به المصنف والمجد والشارح وغيرهم وقاله القاضى وغيره هو مذهب الشافعي فعلى المذهب قال أحمد تفي بما وعدت به وشرطته من أنها لا تأخذ إلا مهر السر قال المصنف والشارح هذا على سبيل الاستحباب. قال أبو حفص البرمكى يجب عليها الوفاء، قال في الإنصاف وهو الصواب. انظر الإنصاف (٢٩٤/٨) .

[الثانية] أفادنا المصنف رحمه الله بقوله وان تزوجها على صداقين الخ أن الزيادة في الصداق بعد العقد تلحق به ويبقى حكمها حكم الأصل المعقود عليه فيما يقرره وينصفه وهو المذهب وعنه لا تلحق به وإنما هى هبة تفتقر إلى شروط الهبه فان طلقها بعد هبة لم يرجع بشيء من الزيادة فعلى المذهب يملك الزيادة من حينها. الإنصاف (٢٩٥/٨).

فصل فى المفاوضة

والتفويض على ضربين : تفويض البضع وهو أن يزوج الأب ابنته البكر[١] أو تأذن المرأة لوليها فى تزويجها بغير مهر ، وتفويض مهر : وهو أن يتزوجها على ما شاءت أو شاء أجنبى ونحو ذلك فالنكاح صحيح ويجب مهر المثل بالعقد[٢]، ولها المطالبة بفرضه[٣] ، فإن فرضه الحاكم لم يجز إلا بمقداره ، وإن

---

(١) قوله: ((والتفويض على ضربين تفويض البضع إلخ)) فعلم منه أن النكاح صحيح من غير تسمية صداق في قول عامة أهل العلم لقوله تعالى: ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ﴾ الآية ولقول ابن مسعود وسيأتى، وسواء تركا ذكر المهر أو شرطا نفيه مثل أن يقول زوجتك بغير مهر فيقبله كذلك، ولو قال زوجتك بغير مهر في الحال ولا في المآل صح أيضا. وقال بعض الشافعية لا يصح في هذه الصورة أنها تكون كالموهوبة وليس بصحيح فإنه يصح فيما إذا قال زوجتك بغير مهر فيصح ههنا لأن معناهما واحد وليست فكمهر، وقال أيضًا: فالكتب فيه المهر لا يخرج منها بطلاقها. انظر الإنصاف (٨/٢٩٥). الموهوبة لأن الشرط يفسد ويجب المهر. الشرح الكبير (٤/٣٢٤/٣٢٥).

(٢) قوله: ((وتفويض المهر إلخ)) أى لأنها لم تزوج نفسها إلا بصداق لكنه مجهول فسقط لجهالته ووجب مهر المثل لقول ابن مسعود وقد سئل عن امرأة تزوجت برجل لم يفرض لها صداقا ولم يدخل بها حتى مات فقال ابن مسعود: لها صداق نسائها لا وكس ولا شطط وعليها العدة ولها الميراث، فقام معقل بن سنان فقال : قضى رسول الله ﷺ في بروع بنت واشق امرأة منا بمثل ما قضيت ففرح بها ابن مسعود. رواه الخمسة وصححه الترمذى ولفظه له . المبدع (٦/٢٢٢).

(٣) ((ولها المطالبة بفرضه)) أى قبل الدخول فإن امتنع أجبر عليه وبه قال الشافعي ولا نعلم فيه مخالفا فإن اتفق الزوجان على فرضه جاز ما فرضاه قليلا كان أو كثيرا سواء كانا عالمين بمهر المثل أولا، وقال الشافعي في قول لا يصح بغير مهر المثل. ولنا أن الحق لهما لا يعدوهما لأنه إذا فرض لها كثيرا فقد بذل لها من ماله فوق ما يلزمه وإن رضيت باليسير فقد رضيت بدون ما يجب لها. المبدع (٦/٢٢٢).

[فائدة] يجوز الدخول بالمرأة قبل إعطائها شيئا سواء كانت مفوضة أو مسمى لها وبه قال سعيد بن المسيب والحسن والنخعى والثورى والشافعي، وروى عن ابن عباس وابن عمر والزهري وقتادة ومالك لا يدخل بها حتى يعطيها شيئا. قال الزهري مضت السنة أن لا يدخل بها حتى يعطيها شيئا . قال ابن عباس يخلع إحدى نعليه ويلقيها إليها. وروى أبو داود عن رجل من أصحاب النبي ﷺ أن عليا لما تزوج فاطمة أراد أن يدخل بها فمنعه النبي ﷺ حتى يعطيها شيئا فقال يا رسول الله ليس عندي شيء، فقال أعطها درعك فأعطاها درعه ثم دخل بها. ورواه أبو داود والنسائى عن ابن عباس=

تراضيا على فرضه جاز ما اتفقا عليه من قليل وكثير، فإن مات أحدهما قبل الإصابة ورثه صاحبه [(١)] ، ولها مهر نسائها [(٢)] ، وعنه أنه يتنصف بالموت[(٣)]

«في المفوضة» المفوضة، بكسر الواو: اسم فاعل من فوض، وبفتحها: اسم مفعول منه، قال الجوهري: فوض إليه الأمر، أي: رده إليه. والتفويض في النكاح: التزويج بلا مهر، فالمفوضة، بفتح الواو، أي: المفوض مهرها، ثم حذف المضاف، وأقيم الضمير المضاف إليه مقامه، فارتفع واستتر. والمفوضة، بكسرها: التي ردت أمر مهرها إلى وليها.

«قبل الإصابة» أي: قبل الوطء.

= قال: لما تزوج علي فاطمة فقال له رسول الله ﷺ أعطها شيئا ، قال ليس عندي، قال أعطها درعك الحطمية. ولنا حديث عقبة بن عامر في الذى زوجه النبي ﷺ ودخل بها ولم يعطها شيئا. وروت عائشة رضى الله تعالى عنها قالت أمرني رسول الله ﷺ أن أدخل امرأة على زوجها قبل أن يعطيها شيئا رواه ابن ماجه والأخبار محمولة على الاستحباب. انظر / الشرح الكبير (٤/٣٢٧) .

(١) قوله: «وإن مات إلخ» هذا بغير خلاف. المبدع (٦/٢٢٣).

(٢) قوله: «ولها مهر نسائها» هذا المذهب واليه ذهب ابن مسعود وابن شبرمة وابن أبى ليلى والثورى وإسحاق. وروى عن علي وابن عباس والزهري وربيعة ومالك لا مهر لها لأنها فرقة وردت على تفويض صحيح قبل فرض ومسيس فلم يجب لها مهر كفرقة الطلاق. ولنا حديث ابن مسعود. وقال أبو حنيفة كقولنا في المسلمة وكقولهم في الذمة. الشرح الكبير (٤/٣٢٧).

(٣) قوله: «وعنه أنه يتصنف إلخ» قال ابن عقيل لا وجه للنصف عندى وقال الشيخ تقي الدين في القلب حزازة من هذه الرواية والمنصوص عنه في رواية الجماعة أن لها مهر المثل على حديث بروع قال ونقل عن أحمد رواية تخالف السنة وإجماع الصحابة بل الأمة فإن القائل قائلان؛ قائل فلان بوجوب مهر المثل وقائل بسقوطه فعلمنا أن ناقل ذلك غالط عليه والغلط إما في النقل أو ممن دونه في السمع أو في الحفظ أو في الكتاب إذ من أصل أحمد الذي لا خلاف عنه فيه لا يجوز الخروج عن أقوال الصحابة ولا يجوز ترك الحديث من غير معارض له من جنسه وكان شديد الإنكار على من يخالف ذلك فكيف يفعله هو مع إمامته من غير موافقة لأحد، ومع أن هذا القول لا حظ له في الآية ولا له نظير، هذا مما يعلم قطعا أنه باطل. انتهى. انظر/ الإنصاف (٨/ ٢٩٧-٢٩٨).

إلا أن يكون قد فرضه لها، فإن طلقها قبل الدخول بها لم يكن عليه إلا المتعة[1] على الموسع قدره وعلى المقتر قدره، وأعلاها خادم وأدناها كسوة تجزئها في صلاتها، وعنه يرجع في تقديرها إلى الحاكم، وعنه يجب لها نصف مهر المثل، وإن دخل بها استقر مهر المثل، وإن طلقها بعد ذلك فهل تجب المتعة؟ على روايتين أصحهما لا تجب[2].

---

(١) قوله: «فإن طلقها إلخ» إذا طلق المفوضة قبل الدخول فلا يخلو إما أن يكون فرض لها صداقا أم لا، فإن كان ما فرض لها صداقا وهو مراد المصنف فلا يخلو إما أن يكون تفويض بضع فليس لها إلا المتعة على الصحيح من المذهب نص عليه وهو قول ابن عمر وابن عباس والحسن وعطاء وجابر بن زيد والشعبي والنخعي والزهري والثورى والشافعي وأبي عبيد وأصحاب الرأي لقوله تعالى: ﴿ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ﴾ إلى قوله: ﴿ فَمَتِّعُوهُنَّ ﴾ ولقوله تعالى: ﴿ وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌ ﴾ والأمر يقتضي الوجوب. وقال مالك والليث المتعة مستحبة غير واجبة، وإن كان تفويض مهر فقدم المصنف هنا أنه ليس لها إلا المتعة وهو إحدى الروايتين والمذهب منهما وهو مذهب أبي حنيفة لأنه خلا عقدها عن تسمية صحيحة فأشبهت التي لم يسم لها شيء، وإن كان فرض لها صداقا فالصحيح من المذهب وجوب نصف الصداق المسمى وعليه الأصحاب وعنه يسقط وتجب المتعة. المبدع(٦/٢٢٤)، الشرح الكبير(٤/٣٢٨).

على قوله: «وعنه يجب لها نصف مهر المثل» وجزم به في الوجيز وشرح ابن رزين وقدمه في المغني والشرح وغيرهما وهو مذهب الشافعي لأن هذه لها مهر واجب قبل الطلاق فوجب أن يتنصف كما لو سماه، وهذا الذي قدمه المصنف والشارح، ومذهب الشافعي إنما هو في مفوضة المهر خاصة. الشرح الكبير(٤/٣٢٨).

(٢) قوله: «وإن طلقها إلخ» أي لأن كل من وجب لها نصف المهر لم يجب لها متعة سواء كانت ممن سمى لها صداقا أو لا لكن فرض لها بعد العقد وبه قال أبو حنيفة وروى عن أحمد لكل مطلقة متاع روي ذلك عن علي بن أبي طالب والحسن وسعيد بن جبير وأبي قلابة والزهري وقتادة والضحاك وأبي ثور لظاهر قوله: ﴿ وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌ ﴾ والمذهب أن المتعة لا تجب إلا لحرة أو سيد أمة على زوج بطلاق قبل الدخول لمن لا مهر لها لقوله تعالى: ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ﴾ إلى قوله: ﴿ وَمَتِّعُوهُنَّ ﴾ ثم قال: ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾ الآية فخص الأولى بالمتعة والثانية بنصف المفروض مع تقسيمه النساء قسمين وإثباته لكل قسم حكما مع أن أبا بكر قال العمل عندي على الثانية لولا تواتر الروايات عنه. وأما المتوفى عنها فلا متعة لها بلا خلاف. انظر/ الشرح الكبير(٤/٣٣٠).

على قوله: «من نساء عصباتها» أي من جهة أبيها وحدها. المبدع(٦/٢٢٥).

على قوله: «وعنه يعتبر» هذه المذهب لأن مطلق القرابة له أثر في الجملة وأمها وخالتها يشملهما حديث ابن مسعود ولها مهر نسائها. المبدع(٦/٢٢٥).

فصل

ومهر المثل معتبر بمن يساويها من نساء عصباتها كأختها وعمتها وبنت أخيها وعمها، وعنه يعتبر جميع أقاربها كأمها وخالتها، وتعتبر المساواة في المال والجمال والعقل والأدب والسن والبكارة والثيوبة والبلد، فإن لم يكن في نسائها إلا دونها زيدت بقدر فضيلتها، فإن لم يوجد إلا فوقها نقصت بقدر نقصها، فإن كانت عادتهم التخفيف على عشيرتهم دون غيرهم اعتبر ذلك، وإن كان عادتهم التأجيل فرض مؤجلاً في أحد الوجهين، وإن لم يكن لها أقارب اعتبر بنساء بلدها ثم بأقرب النساء شبهاً بها.

«**إلا .المتعة**» اسم مصدر، يقال: متعه تمتيعاً، وتمتع هو تمتعاً، والاسم: المتعة، ثم يقال للخادم والكسوة وسائر ما يتمتع به: متعة، تسمية للمفعول بالمصدر، كالخلق بمعنى المخلوق.

«**على الموسع قدره وعلى المقتر قدره**» الموسع: الغني، يقال: أوسع الرجل فهو موسع: إذا استغنى. والمقتر: الفقير، يقال: أقتر الرجل فهو مقتر: إذا افتقر. وقدره، أي: مقداره.

«**نقصت**» بفتح النون، ويجوز ضمها على البناء للمفعول، يقال: نقص الشيء، ونقصته.

فصـــل

وأما النكاح الفاسد فإذا افترقا قبل الدخول بطلاق أو غيره فلا مهر فيه[1] وإن دخل بها استقر عليه المسمى[2]، وعنه يجب مهر المثل وهى أصح ولا يستقر[3] بالخلوة، وقال أصحابنا يستقر، ويجب مهر المثل للموطوءة بشبهة[4] والمكرهة

---

(١) قوله: «فإن افترقا قبل الدخول إلخ» إذا افترقا في النكاح الفاسد قبل الدخول بغير طلاق ولا موت لم يكن لها مهر بلا نزاع، وإن كان بطلاق فجزم المصنف بأنه لا مهر لها وهو المذهب وعليه الأصحاب لأن المهر يجب بالعقد والعقد فاسد فوجوده كعدمه كالبيع. انظر/ المبدع(٦/٢٢٦).

(٢) قوله: «وإن دخل بها إلخ» هذا المذهب لأن في بعض ألفاظ حديث عائشة «ولها الذي أعطاها بما أصاب منها» رواه أبو بكر البرقاني وأبو محمد الخلال بإسنادهما، وعنه يجب مهر المثل قال المصنف هنا وهى أصح واختاره الشارح وجزم بها في الوجيز لقوله ﷺ فإن أصابها فلها المهر بما استحل من فرجها فجعل لها المهر بالإصابة والإصابة إنما توجب مهر المثل لأن العقد ليس بموجب بدليل الخبر وأنه لو طلقها قبل مسيسها لم يكن لها عليه شيء وإذا لم يكن موجبا كان وجوده كعدمه. وكوطء الشبهة ولأن التسمية لو فسدت لوجب مهر المثل وكذا إذا فسد العقد. وقال أبو حنيفة الواجب الأقل من المسمى أو مهر المثل. المبدع(٦/٢٢٧)، الشرح الكبير(٤/٣٣٢).

(٣) قوله: «ولا يستقر بالخلوة» هذا اختيار المصنف والشارح وهو رواية وقاله أكثر العلماء كمن منعته الوطء أو افترقا بلا وطء ولا خلوة. والمذهب أنه يستقر بالخلوة نص عليه جماهير الأصحاب وهو من مفردات المذهب قياسا على العقد الصحيح. وفي المغني الأول أولى لأن الصداق إنما أوجبه الوطء ولذلك لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول أشبه الخلوة بالأجنبية ولأنه عليه الصلاة والسلام جعل المهر بما استحل من فرجها و لم يوجد. لكن هل يجب مهر المثل أو المسمى؟ مبنى على الذي قبله. المبدع(٦/٢٢٧).
[فائدة] إذا تزوجت المرأة تزويجا فاسدا لم يحل تزويجها لغير من تزوجها حتى يطلقها أو يفسخ نكاحها فإن امتنع الزوج من طلاقها فسخه الحاكم وهذا المذهب نص عليه وقال الشافعي لا حاجة إلى فسخ ولا طلاق لأنه نكاح غير منعقد أشبه النكاح في العدة، ولنا أنه نكاح يسوغ فيه الاجتهاد فاحتيج في التفريق إلى إيقاع فرقة، ولأن تزويجها من غير فرقة يفضى إلى تسلط زوجين عليها كل منهما يعتقد صحة نكاحه وفساد الآخر. الإنصاف(٨/٣٠٦).

(٤) قوله: «ويجب مهر المثل إلخ» وهذا المذهب قال الشارح بغير خلاف علمناه قال في الإنصاف وظاهر كلام الشيخ تقي الدين أنه لا يجب لها مهر لأنه قال البضع إنما يتقوم على زوج أو شبهة فتملكه به. انظر. الإنصاف(٨/٣٠٦)، الشرح الكبير(٤/٢٢٧-٢٢٨).

على الزنا[1]، ولا يجب معه أرش البكارة[2]، ويحتمل أن يجب للمكرهة، وإذا دفع أجنبية فأذهب عذرتها فعليه أرش بكارتها[3]، وقال القاضي يجب مهر المثل،

---

(١) قوله: «والمكرهة على الزنا» يعني يجب لها مهر المثل وهو المذهب مطلقا وعنه يجب للبكر خاصة، وعنه لا يجب لمكرهة اختاره الشيخ تقي الدين لأنه خبيث وهو مذهب أبي حنيفة. الشرح الكبير(٤/٣٣٣).
[فائدة] لو أكرهها ووطئها في الدبر فلا مهر على الصحيح من المذهب اختاره المصنف والشارح. الإنصاف(٨/٣٠٧).
[تنبيهان]: (الأول) يدخل في عموم كلام المصنف الأجنبية ذوات محارمه وهو المذهب وهو مذهب النخعي ومكحول وأبي حنيفة والشافعي. وعنه لا مهر لذات محرمه وهو قول الشعبي. الشرح الكبير(٤/٣٣٤).
(الثاني) مفهوم كلام المصنف أنه لا مهر للمطاوعة وهو صحيح وهو المذهب لأنها باذلة فلم يجب لها شيء ويستثنى من ذلك الأمة فإن المهر لا يسقط بذلك على الصحيح من المذهب ويأخذه السيد، وقيل لا مهر لها. الإنصاف(٨/٣٠٨).
[فوائد] إذا كان النكاح باطلاً بالإجماع كالمزوجة والمعتدة إذا نكحها رجل فوطئها عالما بالحال وتحريم الوطء وهى مطاوعة فلا مهر لأنه زنا يوجب الحد وإن جهلت تحريم ذلك أو كونها في العدة فلها المهر لأنه وطء شبهة وقد روى أبو داود بإسناده أن رجلاً يقال له بصرة بن أكثم نكح امرأة فولدت لأربعة أشهر فجعل النبي ﷺ لها الصداق بما استحل من فرجها فإذا ولدت فاجلدها. أخرجه أبو داود (٢/٢٤١) ح (٢١٣١).
وروى سعيد في سننه (١/١٧٩)- ح (٥٤٧)، أن عبيد الله بن الحر تزوج بجارية من قومه فانطلق عبيد الله فلحق بمعاوية ومات أبو الجارية فزوجها أهلها رجلا يقال له عكرمة فبلغ ذلك عبيد الله فقدم فخاصمهم إلى على فقصوا عليه قصتهم فرد عليه المرأة وكانت حاملا من عكرمة فوضعت على يدي عدل فقالت لعلى: أنا أحق بمالى أو عبيد الله؟ قال: بل أنت أحق بمالك قالت فاشهدوا أن ما كان لي عند عكرمة من صداق فهو له فلما وضعت ما في بطنها ردها على عبيد الله وألحق الولد بأبيه. المغني (٨/١٠٠).
(الثانية) لو وطئ ميتة لزمه المهر قال في الفروع لزمه المهر في ظاهر كلامهم وهو متجه. وقال القاضي في جواب مسألة وطء الميتة: محرم ولا مهر ولا حد. انظر/ الإنصاف(٨/٣٠٨).

(٢) قوله: «ولا يجب إلخ» يعني مع وجوب المهر للموطوءة بشبهة أو زنا وهذا المذهب نص عليه وعليه أكثر الأصحاب. المبدع(٦/٢٢٨).
[فائدة] يتعدد المهر بتعدد الزنا لا بتكرر الوطء بشبهة قاله في الترغيب وغيره.

(٣) قوله: «وإذا دفع إلخ» وكذا لو أزالها بأصبع أو غيرها وهو المذهب لأنه إتلاف جزء لم يرد الشرع بتقدير ديته فرجع فيها إلى الحكومة كسائر ما لم يقدر وقال القاضي لها مهر المثل وهو رواية لما روى سعيد حدثنا هشيم حدثنا مغيرة عن إبراهيم أن رجلاً كانت عنده يتيمة فخافت امرأته أن يتزوجها فاستغاثت بنسوة فأذهبن عذرتها وقالت لزوجها فجرت، فأخبر على بذلك فأرسل إلى امرأته والنسوة فلما أتين لم يلبثن أن اعترفن بما=

وإن فعل ذلك الزوج ثم طلق قبل الدخول لم يكن عليه إلا نصف المسمى[1]، وللمرأة منع نفسها حتى تقبض مهرها[2]، فإن تبرعت بتسليم نفسها ثم أرادت المنع فهل لها ذلك؟ على وجهين[3]. وإن أعسر بالمهر قبل الدخول فلها الفسخ[4] وإن أعسر بعده فعلى وجهين[5]. ولا يجوز الفسخ إلا بحكم حاكم[6].

= صنعن فقال للحسن بن على اقض فيها فقال الحد على من قذفها والعقر عليها وعلى الممسكات. والأول هو القياس لولا ما روى عن الصحابة. المبدع(٦/٢٢٨).
على قوله: ((فعليه أرش بكارتها)) هذا المذهب. المبدع(٦/٢٢٨).

(١) قوله: ((وإن فعل ذلك الزوج إلخ)) هذا المذهب لقوله تعالى: ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ ﴾ الآية، ويتخرج أن يجب لها الصداق كاملاً قال المصنف في فتاويه لو طلق أو مات عن من دخل بها فوضعت في يومها ثم تزوجت فيه وطلق قبل دخوله ثم تزوجت أو مات في يومها من دخل بها فقد استحقت في يوم واحد بالنكاح مهرين ونصفا فيعايا بها، قلت ويتصور أكثر من ذلك بأن يطلق الثالث قبل الدخول وكذا رابع وخامس. المبدع(٦/٢٢٩).

(٢) قوله: ((وللمرأة إلخ)) أى الحال وحكاه ابن المنذر إجماعا وهذا إذا كانت تصلح للاستمتاع فأما إن كانت لا تصلح للاستمتاع فالصحيح من المذهب أن لها المطالبة به أيضاً، ورجح المصنف في المغني خلافه، وقال الشيخ تقي الدين الأشبه عندى أن الصغيرة يستحق المطالبة لها بنصف المهر لأن النصف يستحق بإزاء الحبس وهو حاصل بالعقد والنصف الآخر بإزاء الدخول فلا تستحقه إلا بالتمكن. المبدع(٦/٢٢٩-٢٣٠).
[فوائد] لو أبى كل من الزوجين التسليم أولا أجبر الزوج على تسليم الصداق أولا ثم تجبر هى على تسليم نفسها على الصحيح من المذهب، وقيل يؤمر الزوج بجعله تحت يد عدل وهى تسلم نفسها، وإذا فعلت أخذته من العدل. الإنصاف (٨/٣١٢).
(الثانية) لو كانت محبوسة أو لها عذر يمنع التسليم وجب تسليم الصداق إليها على الصحيح من المذهب كمهر الصغيرة التى لا يوطأ مثلها كما تقدم، وقيل لا يجب. الإنصاف(٨/٣١٣).
(الثالثة) لو قبضت المهر ثم سلمت نفسها فبان معيبا فلها منع نفسها على الصحيح من المذهب. الإنصاف(٨/٣١١-٣١٢).
على قوله: ((حتى تقبض مهرها)) أى الحال، وحكاه ابن المنذر إجماعاً.

(٣) على قوله: ((على وجهين)) أحدهما ليس لها ذلك وهو المذهب. المبدع (٦/٢٣٠)، الإنصاف(٨/٣١٢).

(٤) على قوله: ((فلها الفسخ)) يعني إذا كان حالاً وهو المذهب كما لو أعسر المشترى بالثمن قبل تسليم المبيع. المبدع(٦/٢٣٠، الإنصاف(٨/٣١٣).

(٥) على قوله: ((فعلى وجهين)) أحدهما لها الفسخ إذا كانت غير عالمة لأنه تعذر عليها الوصول إلى العوض. المبدع(٦/٢٣٠)، الإنصاف(٨/٣١٣-٣١٤).

(٦) على قوله: ((بحكم حاكم)) وهذا المذهب. الإنصاف(٨/٣١٥).

باب الوليمة

وهو اسم لدعوة العرس خاصة، وهي مستحبة والإجابة إليها واجبة [1] إذا عينه الداعي المسلم في اليوم الأول، فإن دعا الجفلى كقوله يا أيها الناس تعالوا إلى الطعام، أو دعاه فيما بعد اليوم أو دعاه ذميٌّ لم تجب الإجابة. وسائر الدعـــوات الإجابة إليها مستحبة غير واجبة [2] ، وإذا حضر وهو صائم صوما

باب الوليمة

الوليمة: مشتقة من الولم، وهو: الجمع، لأن الزوجين يجتمعان، قاله الأزهري، وغيره، وحكى ابن عبد البر، عن ثعلب، وغيره من أهل اللغة، أن الوليمة: اسم لطعام العرس خاصة، لا يقع على غيره. وقال بعض الفقهاء- من أصحابنا وغيرهم- الوليمة تقع على كل طعام لسرور حادث، إلا أن استعمالها في طعام العرس أكثر، وقول أهل اللغة أولى، لأنهم أهل اللسان، وأعرف لموضوعات اللغة، هذا معنى ما حكي في «المغني»، وقال صاحب «المستوعب»: وليمة الشيء: كماله وجمعه، وسميت دعوة العرس وليمة، لاجتماع الزوجين، والله أعلم.

ويقال: أولم: إذا صنع وليمة. والأطعمة التي يدعى إليها الناس عشرة: الأول: الوليمة، وقد ذكرت. والثاني: العذيرة، والأعذار للختان. والثالث: الخرس، ويقال له: الخرسية لطعام الولادة. والرابع، الوكيرة: وهي دعوة البناء. والخامس:

---

(١) على قوله: «والإجابة إليها واجبة» هذا المذهب وذكر ابن عبد البر أنه لا خلاف فيها إذا لم يكن فيها لهو ولما روى ابن عمر أن النبي ﷺ قال «إذا دعى أحدكم إلى الوليمة فليأتها» متفق عليه.
وقال عليه الصلاة والسلام «شر الطعام طعام الوليمة يدعى إليها الأغنياء ويترك لها الفقراء ومن لم يجب فقد عصى الله ورسوله» رواه البخارى. المبدع(٦/٢٣٢-٢٣٣).

(٢) على قوله: «وسائر الدعوات والإجابة إليها مستحبة» وظاهر رواية ابن منصور ومثنى يجب لما روى ابن عمر مرفوعا.
قال «إذا دعا أحدكم أخاه فليجب عرساً كان أو غيره» رواه مسلم وأبو داود. انظر/ المبدع(٦/٢٣٤).

واجبا لم يفطر، وإن كان نفلا أو كان مفطرا استحب الأكل، وإن أحب دعا وانصرف، فإن دعاه اثنان أجاب أولهما، فإن استويا أجاب أدناهما ثم أقربهما جوارا، فإن علم أن في الدعوة منكرا- كالزمر والخمر- وأمكنه الإنكار حضر وأنكر وإلا لم يحضر، فإن حضر وشاهد المنكر أزاله وجلس وإن لم يقدر انصرف ، وإن علم به ولم يره ولم يسمعه فله الجلوس (1)، وإن شاهد ستورا معلقة فيها صور الحيوان لم يجلس إلا أن تـزال (2)، وإن كانت مبسوطة أو علـى

النقيعة وهي الطعام لقدوم الغائب. والسادس: العقيقة، وهي الذبح لأجل الولد. السابع: الحذاق وهو الطعام عند حذاق الصبي. الثامن: المأدبة، وهي كل دعوة بسبب كانت أو غيره (3)، فهذه الثمانية ذكرها المصنف رحمه الله في «**المغني**». التاسع: الوضيمة، وهي طعام المأتم، نقله الجوهري عن الفراء(4). العاشر : التحفة: وهي طعام القادم، ذكره أبو بكر ابن العربي في «شرح الترمذي» (5).

---

(1) قوله: «وإن علم به إلخ» ظاهره الخيرة بين الجلوس وعدمه وهو المذهب قال الإمام أحمد لا بأس لأن المحرم رؤية المنكر وسماعه ولم يوجد واحد منهما.

(2) قوله: «وإن شاهد ستورا إلخ» هذا المذهب فإذا كانت صورة الحيوان على الستور والحيطان وما لا يوطأ وأمكنه حطها أو قطع رأسها فعل ذلك وجلس وإن لم يمكنه ذلك انصرف وعليه أكثر العلماء، قال ابن عبد البر هذا أعدل المذاهب لأن عائشة نصبت سترا وفيه تصاوير فدخل رسول الله ﷺ فنزعه قالت فقطعته وسادتين فكان يرتفق عليهما متفق عليه. المبدع(٦/٢٣٦).

[فائدة] إذا علم به قبل الدخول فهل يحرم الدخول أم لا؟ فيه الوجهان المتقدمان، وجزم في المغني والشرح أنه لا يحرم الدخول وهو المذهب. الإنصاف(٨/٣٣٥).

[تنبيه] إذا قطع رأس الصورة أو ما لا تبقى الحياة بعد ذهابه أو جعل له رأس منفصل عن البدن لم يدخل تحت النهى وإن كان الذاهب تبقى الحياة بعده كاليد والرجل والعين فهى صورة. وصنعة التصاوير محرمة على فاعلها للأخبار، والأمر بعملها محرم كعملها. انظر/ المبدع(٦/٢٣٧).

(3) انظر/ لسان العرب (٦/٤٩١٩)، شرح صحيح مسلم للنووي (٩/٢١٧) – كشاف القناع للبهوتي (٥/١٦٤-١٦٦).

(4) وذكره الشيخ المرداوي. انظر/ الإنصاف (٨/٣١٦).

(5) وذكره الشيخ البهوتي. انظر/ كشاف القناع (٢/١٦٣)، والشيخ المرداوي. انظر/=

وسادة فلا بأس بها[1]، وإن سترت الحيطان بستور لا صور فيها أو فيها صور غير الحيوان فهل تباح؟ على روايتين[2]، ولا يباح الأكل بغير إذن، والدعاء إلى الوليمة أذن فيها، والنثار والتقاطه مكروه[3]، وعنه لا يكره منه فهو له، ويستحب إعلان

= الإنصاف (٣١٦/٨).

(١) قوله: ((وإن كانت إلخ)) أي لأن فيه إهانة لها ولأن تحريم تعليقها إنما كان لما فيه من التعظيم والإعزاز والتشبه بالأصنام التي تعبد وذلك مفقود في البسط ولقول عائشة رضي الله عنها رأيت النبي ﷺ متكئاً على نمرقة فيها تصاوير رواه ابن عبد البر. المبدع(٢٣٧/٦).

(٢) قوله: ((وإن سترت الحيطان إلخ)) مراده إذا كانت غير حرير أحدهما يكره وهو الصحيح من المذهب صححه في التصحيح وتصحيح المحرر واختاره المصنف وجزم به في المغني والشرح في موضع وغيرهم وهو مذهب أبي حنيفة وهو عذر في ترك الإجابة إلى الدعوة، قال أحمد خرج أبو أيوب حين دعاه ابن عمر فرأى البيت قد ستر رواه الأثرم وابن عمر أقر على ذلك، وقال أحمد دعى حذيفة فخرج وإنما رأى شيئاً من زيٍّ الأعاجم وكراهيته لما فيه من السرف وذلك لا يبلغ به التحريم والأخرى يحرم لما روى الخلال عن على بن الحسين قال ((نهى رسول الله ﷺ أن تستر الجدر)) وكما لو كانت الستر حريرا. الشرح الكبير.

[تنبيه] محل الخلاف إذا لم يكن لحاجة فأما إن دعت الحاجة إليه من حر أو برد فلا بأس به ذكره المصنف والشارح وغيرهما وهو واضح. الإنصاف(٣٣٦/٨-٣٣٧).

[تنبيه] ظاهر قوله فهل يباح أن الخلاف في الإباحة وعدمها وليس الأمر كذلك وإنما الخلاف في الكراهة والتحريم فمراده بالإباحة الجواز الذي هو ضد التحريم. انظر/ الإنصاف(٣٣٧/٨).

[فائدة] لو كان فيه آنية ذهب أو فضة فهو منكر يخرج من أجله، وكذا ما كان من الفضة مستعملا كالمكحلة. انظر/ الشرح الكبير(٣٤٣/٤).

(٣) قوله: ((والنثار إلخ)) هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن النهبى والمثلة رواه أحمد والبخارى من حديث عبد الله بن يزيد الأنصارى ولأن فيه تزاحما وقتالا وقد يأخذه من غيره أحب إلى صاحبه وروى ذلك عن أبي مسعود البدرى وعكرمة وابن سيرين وبه قال مالك والشافعي وعنه ليس بمكروه اختاره أبو بكر وهو قول الحسن وقتادة=

النكاح والضرب عليه بالدف.

«**دعا الجفلى**» دعوة الجفلى: أن يدعو عاماً لا يخص بعضاً، فإن خص فهي دعوة النقرى. قال طرفة:

نحن في المشتاة ندعو الجفلى لا ترى الآدب منا ينتقر

الآدب: صاحب المأدبة.

«**تعالوا**» بفتح اللام: أمر من تعالى يتعالى.

«**وسائر الدعوات**» الدعوات: واحدها دعوى: مثلثة الدال، وهي: طعام المدعو إليه، والجمع بحسب المفرد، فمن فتح الدال فتح العين معها في الجمع، ومن كسرها، سكن العين في الجمع، ومن ضمها، يجوز في العين الضم إتباعاً، والفتح والإسكان تخفيفاً.

«**على وسادة**» الوسادة، بكسر الواو: المخدة. والجمع: وسائد.

«**والنثار**» النثار، بكسر النون: اسم مصدر من نثرت الشيء أنثره نثراً. فهو اسم مصدر مطلق على المنثور.

«**بالدف**» الدف: الذي تضرب به النساء، بضم الدال، وحكى أبو عبيدة عن بعضهم أن الفتح لغة، والله أعلم.

= والنخعي وأبي حنيفة وابن المنذر لما روى عبد الله بن قرط قال «قرب للنبي ﷺ خمس بدنات أو ست فقال: من شاء اقتطع» رواه أبو داود، وهذا جار مجرى النثار. الشرح الكبير(٤/٣٤٤).

باب عشرة النساء

يلزم كل واحد من الزوجين معاشرة الآخر بالمعروف [(١)]، وأن لا يمطله بحقه ولا يظهر الكراهة لبذله، وإذا تم العقد وجب تسليم المرأة في بيت الزوج إذا طلبها وكانت حرة يمكن الاستمتاع بها و لم تشترط دارها[(٢)]، وإن سألت الإنظار أنظرت مدة جرت العادة بإصلاح أمرها فيها [(٣)]، وإن كانت أمة لم يجب

باب عشرة النساء

((**بالمعروف**)) المعروف هنا: النصفة وحسن الصحبة مع الأهل.

((**وأن لا يمطله**)) هو بضم الطاء. والمطل: الدفع عن الحق بوعد.

---

(١) قوله: ((ويلزم كل واحد الخ)) لقوله تعالى: ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ ﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ قال أبو يزيد يتقون الله فيهن كما عليهن أن يتقين الله فيكم، وقال ابن الجوزى وغيره هو الصحبة الجميلة والمعاشرة الحسنة، قال ابن عباس إني لأحب أن أتزين للمرأة كما أحب أن تتزين لي، فعلى هذا يلزم تحسين الخلق والرفق واستحبهما في المغني والشرح، وعن أبي هريرة رضى الله عنه أن النبي ﷺ قال: ((استوصوا بالنساء خيرا فإنها خلقت من ضلع أعوج وإن أعوج شيء في الضلع أعلاه فإن ذهبت تقيمه كسرته وإن تركته لم يزل أعوج فاستوصوا بالنساء)) متفق عليه ولفظه لمسلم. وعن أم سلمة أن النبي ﷺ قال ((أيما امرأة ماتت وزوجها راض عنها دخلت الجنة)) رواه ابن ماجه والترمذي وقال حسن غريب فدل أن حق الزوج عليها آكد من حقها عليه. المبدع(٦/٢٤٢-٢٤٣)، المغني(٨/١٢٦).

(٢) قوله: ((وإذا تم العقد إلخ)) متى كان يمكن وطئها وطلبها الزوج وكانت حرة لزم تسليمها إليه على الصحيح من المذهب، قال الإمام أحمد تكون بنت تسع سنين قال القاضي هذا عندى ليس على سبيل التحديد وإنما هو الغالب. المبدع(٦/٢٤٣).

[فوائد] لو كانت نضوة الخلقة وهو جسيم وطلبها لزم تسليمها فلو خشى عليها استمتع منها كالاستمتاع من الحائض ولا يلزم تسليمها مع ما يمنع الاستمتاع بالكلية ويرجى زواله كإحرام و برص وصفر ولو قال لا أطأ. وفي حائض احتمالان. الإنصاف(٨/٣٤٣).

(الثانية) يقبل قول امرأة ثقة في ضيق فرجها وقروح فيه وعبالة ذكره يعني كبره ونحو ذلك وتنظرهما وقت اجتماعهما للحاجة ولو أنكر أن وطأه يؤذيها لزمتها البينة. الإنصاف (٨/٣٤٤).

(الثالثة) إذا امتنعت قبل المرض ثم حدث بها المرض فلا نفقة لها. انظر/ الإنصاف(٨/٣٤٤).

(٣) قوله: ((وإن سألت الإنظار إلخ)) قال في الفروع وغيره لا لعمل جهاز وهذا المذهب لأن ذلك يسير جرت العادة بمثله يدل عليه قوله عليه الصلاة والسلام لا تطرقوا النساء ليلاً حتى تمتشط الشعثة وتستحد المغيبة. المبدع(٦/٢٤٣-٢٤٤).

تسليمها إلا بالليل[1]. وله الاستمتاع بها ما لم يشغلها عن الفرائض من غير إضرار بها، وله السفر بها إلا أن تشترط بلدها، ولا يجوز وطؤها في الحيض ولا في الدبر[2]، ولا يعزل عن الحرة إلا بإذنها، ولا عن الأمة إلا بإذن سيدها، وله إجبارها على الغسل من الحيض والجنابة والنجاسة واجتناب المحرمات وأخذ

---

(١) قوله: «وإن كانت أمة إلخ» يعني مع الإطلاق نص عليه فلو شرطه نهارا وجب تسليمها ليلاً ونهارا وكذا لو بذله السيد بلا شرط عليه. المبدع(٦/٢٤٤).

[فوائد] الأولى: ليس لزوج الأمة السفر بها وهل يملكه السيد بلا إذن الزوج سواء صحبه الزوج أو لا؟ فيه وجهان أحدهما له ذلك من غير إذنه على الصحيح جزم به في المنور والمجرد للقاضي نقله المجد وقدمه في الرعايتين، والوجه الثاني ليس له ذلك صححه في تصحيح المحرر قال المجد جزم به القاضي في التعليق قلت وجزم به في الإقناع فإنه قال ولا لسيدها أى الأمة المزوجة ولو صحبه الزوج السفر بها بغير إذن الآخر لما في ذلك من تفويت حقه عليه. الإنصاف(٨/٣٤٥).

(الثانية) يجوز للسيد بيع الأمة المزوجة لأنه عليه الصلاة والسلام أذن لعائشة في شراء بريرة وهى ذات زوج.

(الثالثة) قوله: وله الاستمتاع بها الخ يعني على أن صفة كانت إذا كان في القبل ولو من جهة عجزها وذكر ابن الجوزى في كتاب السر المصون أن العلماء كرهوا الوطء بين الإليتين لأنه يدعو إلى الدبر.

(الرابعة) قال أبو حفص والقاضي إذا زاد الرجل على المرأة في الجماع صولح على شيء منه وروى ذلك بإسناده عن ابن الزبير أنه جعل لرجل أربعا بالليل وأربعا بالنهار، وعن أنس أنه صالح رجلاً استعدى على امرأة على ستة قال القاضي لأنه غير مقدر فقدر قال الشيخ تقي الدين فإن تنازعا فيه ينبغي أن يفرضه الحاكم كالنفقة وكوطئه إذا أراد قال في الإنصاف ظاهر كلام أكثر الأصحاب خلاف ذلك وأنه يطأ ما لم يشغلها عن الفرائض و لم يضرها بذلك. انظر/ الإنصاف(٨/٣٤٦).

على قوله: «في الحيض» إجماعاً للآية. المبدع(٦/٢٤٥).

(٢) قوله: «ولا الدبر» هذا بلا نزاع بين الأئمة، وعن ابن عباس أن النبي ﷺ قال «لا ينظر الله إلى الرجل جامع امرأته في دبرها» رواه ابن ماجه ولو تطاوعا على ذلك فرق بينهما، فإن وطئها في الدبر فلا حد عليه لأن في ذلك شبهة، ويعزر لفعلهما المحرم حكمه الوطء في القبل في إفساد العبادات وتقرير المهر ووجوب العدة فإن كان الوطء في أجنبية وجب حد اللوطى ولا مهر عليه ولا يحصل بوطء زوجته في الدبر إحصان ولا إحلال للزوج الأول ولا يحصل به الفيئة ولا يزول به الاكتفاء بصماتها في الإذن. المبدع(٦/٢٤٥).

على قوله: (إلا بإذن سيدها» وهذا المذهب فيهما. المبدع(٦/٢٤٦).

الشعر الذي تعافه النفس، إلا الذمية فله إجبارها على غسل الحيض وفي سائر الأشياء روايتان.

فصل

ولها عليه أن يبيت عندها ليلة من كل أربع ليال[1]، وإن كانت أمة فمن كل ثمان[2]،

«**ولا يعزل**» عن المرأة: أن لا يريق الماء في فرجها، وهو معروف.

«**تعافه النفس**» أي: تكرهه.

---

(١) قوله: «ولها عليه إلخ» وهذا من مفردات المذهب وقسم الابتداء واجب ومعناه أنه إذا كانت له امرأة حرة لزمه المبيت عندها ليلة من أربع وإن كان له نساء فلكل واحدة منهن ليلة من كل أربع وبه قال الثورى وأبو ثور وقال القاضي لا يجب قسم الابتداء إلا أن يترك الوطء مضرا فإن تركه غير مضر لم يلزمه قسم ولا وطء وقال الشافعي لا يجب قسم الابتداء بحال ولنا قوله ﷺ «إن لجسدك عليك حقا وإن لعينك عليك حقا وإن لزوجك عليك حقا» متفق عليه ولما روى الشعبي عن كعب بن سور أنه كان عند عمر بن الخطاب فجاءت امرأة فقالت يا أمير المؤمنين ما رأيت رجلاً قط أفضل من زوجي والله إنه ليبيت ليله قائماً ويظل نهاره صائماً، فاستغفر لها وأثنى عليها واستحيت المرأة وقامت راجعة. فقال كعب يا أمير المؤمنين هلا أعديت المرأة على زوجها؟ فقال وما ذاك فقال إنها جاءت تشكوه، إذا كان هذا حاله في العبادة متى يتفرغ لها؟ فبعث عمر إلى زوجها وقال لكعب: اقض بينهما فإنك فهمت من أمرها ما لم أفهمه قال فإني أرى كأنها امرأة عليها ثلاث نسوة هى رابعتهن فأقضى له بثلاثة أيام ولياليهن يتعبد فيهن ولها يوم وليلة. فقال عمر: والله ما رأيك الأول بأعجب إلي من الآخر، اذهب فأنت قاض على البصرة. وفي لفظ قال عمر: نعم القاضي أنت رواه سعيد.
وهذه قصة اشتهرت ولم تنكر فكانت إجماعاً، ولأنه لو لم يجب لها حق لملك الزوج تخصيص إحدى زوجاته به. انظر/ الشرح الكبير(٣٥٢/٤-٣٥٣).

(٢) قوله: «وإن كانت أمة إلخ» الأول اختيار المصنف والشارح وجزم به في التبصرة والعمدة لأنها على النصف من الحرة لأن زيادتها على ذلك يخل بالتنصيف والمذهب لها ليلة من كل سبع لأن أكثر ما يمكن أن يجمع معها ثلاث حرائر لهن ست ولها السابعة. المبدع(٢٤٨/٦).

وقال أصحابنا من كل سبع، وله الانفراد بنفسه [١] فيما بقى، وعليه وطؤها في كل أربعة أشهر مرة إن لم يكن عذر [٢]، وإن سافر عنها أكثر من ستة أشهر فطلبت قدومه لزمه ذلك إن لم يكن عذر [٣]. فإن أبى شيئاً من ذلك و لم يكن عذر وطلبت الفرقة فرق بينهما [٤] ، وعنه ما يدل على أن الوطء غير واجب فيكون هذا كله غير واجب. ويستحب أن يقول عند الجماع «**بسم الله، اللهم**

---

(١) قوله: «وله الانفراد إلخ» هذا المذهب. المبدع(٦/٢٤٨).

(٢) قوله: «وعليه وطؤها إلخ» هذا المذهب بلا ريب وعليه جماهير الأصحاب لأن الله تعالى قدره بأربعة أشهر في حق المولى فكذلك في حق غيره وقال الشافعي لا يجب عليه لأنه حق له واختار الشيخ تقي الدين وجوب الوطء بقدر كفايتها ما لم ينهك بدنه أو يشغله عن معيشة من غير تقدير بمدة، وقال الشيخ تقي الدين خرج ابن عقيل قولا أن لها الفسخ بالغيبة المضرة بها ولو لم يكن مفقودا كما لو كوتب فلم يحضر بلا عذر. وقال المصنف في المغني في امرأة من علم خبره كأسير ومحبوس لها الفسخ بتعذر النفقة من ماله وإلا فلا إجماعا قال الشيخ تقي الدين لا إجماع وإن تعذر الوطء لعجزه فهو كالنفقة وأولى للفسخ بتعذره إجماعاً في الإيلاد وقاله أبو يعلى الصغير وقال أيضاً حكمه كعنين. انظر/ المبدع(٦/٢٤٨-٢٤٩).

(٣) قوله: «وإن سافر عنها إلخ» إذا سافر عنها لعذر وحاجة سقط حقها من القسم والوطء وإن طال سفره وإن لم يكن عذر مانع من الرجوع فإن أحمد ذهب إلى توقيته بستة أشهر لحديث عمر وفيه ثم دخل يعني عمر على حفصة فقال يا بنية كم تصبر المرأة عن زوجها فقالت سبحان الله مثلك يسأل مثلى عن هذا فقال لولا إني أريد النظر للمسلمين ما سألتك فقالت خمسة أشهر ستة أشهر فوقت للناس في مغازيهم ستة أشهر يسيرون شهراً ويقيمون أربعة أشهر ويرجعون شهرا. وسئل أحمد كم للرجل أن يغيب عن أهله قال يروى ستة أشهر وقد يغيب أكثر من ذلك لأمر لا بد له منه فإن كان له عذر لم يلزمه القدوم لأن صاحب العذر يعذر من أجل عذره. المبدع(٦/٢٤٩).

(٤) قوله: «فإن أبى إلخ» ولو قبل الدخول وهذا المذهب نص عليه لما تقدم ولأنه في معنى مول قال أحمد في رواية ابن منصور في رجل تزوج بامرأة ولم يدخل بها هل يجبر عليه؟ قال: أذهب إلى أربعة أشهر إن دخل بها وإلا فرق بينهما. وعنه لا يفرق، وفي المغني هو ظاهر قول أصحابنا وقاله أكثر الفقهاء لأنه لو ضربت له المدة لذلك وفرق بينهما لم يكن للإيلاء أثر. وقيل إن غاب أكثر من ذلك لغير عذر راسله الحاكم فإن أبى أن يقدم فسخ نكاحه. قلت وجزم بهذا القول صاحب الإقناع. ولا يجوز الفسخ إلا بحكم الحاكم لأنه مختلف فيه. المبدع(٦/٢٤٩-٢٥٠).

جنبني الشيطان وجنب الشيطان ما رزقتني[1]». ولا يكثر الكلام حال الوطء، ولا ينزع إذا فرغ قبلها حتى تفرغ، وله الجمع بين وطء نسائه وإمائه بغسل واحد[2]، ويستحب الوضوء عند معاودة الوطء[3]، ولا يجوز له الجمع بين زوجتيه في مسكن واحد إلا برضاهما[4]، ولا يجامع إحداهما بحيث تراه الأخرى أو غيرها، ولا يحدثها بما جرى بينهما وله منعها من الخروج عن

«**إذا فرغ قبلها**» يقال: فرغ من الشيء يفرغ، بفتح الراء في الماضي، وضمها في المضارع، هذه لغة أهل الحجاز، وبها نزل القرآن. ولغة تميم، كسرها في الماضي، وفتحها في المضارع.

«**في مسكن واحد**» هو بفتح الكاف وكسرها.

---

(١) قوله: «ويستحب أن يقول عند الجماع إلخ» وذلك لما روى ابن عباس رضى الله عنهما أن النبي ﷺ قال «لو أن أحدكم إذا أتى أهله قال بسم الله اللهم جنبنا الشيطان وجنب الشيطان ما رزقتنا فولد بينهما ولد لم يضره الشيطان» متفق عليه. انظر/ المبدع(٦/ ٢٥٠).

(٢) قوله: «وله الجمع بين وطء نسائه إلخ» لأن رسول الله ﷺ طاف على نسائه في ليلة بغسل واحد، رواه أحمد والنسائي. المبدع(٦/ ٢٥١).

(٣) قوله: «ويستحب الوضوء إلخ» نص عليه لما روى أبو سعيد مرفوعا قال «إذا أتى أحدكم أهله ثم أراد أن يعود فليتوضأ» رواه مسلم ورواه ابن خزيمة والحاكم وزاد فإنه أنشط للعود، فإن اغتسل بين الوطئتين فهو أفضل لقول النبي ﷺ «هو أزكى وأطيب وأطهر» رواه أحمد وأبو داود من حديث أبي رافع. المبدع (٦/ ٢٥١).

(٤) قوله: «ولا يجوز له الجمع بين زوجتيه إلخ» هذا المذهب صغيرا كان المسكن أو كبيراً لأن اجتماعهما يثير العداوة والغيرة وينشر الخصومة والمقاتلة «إلا برضاهما» لأن الحق لهما، وقيل يحرم مع اتحاد المرافق ولو رضيتا. وقال المصنف في المغني والشارح وصاحب الترغيب: وإن أسكنهما في دار واحدة كل واحدة منهما في بيت جاز إذا كان في مسكن مثلها. المبدع(٦/ ٢٥١).

[فائدة] قال في الفروع ظاهر كلام الأصحاب المنع من جمع الزوجة والسرية إلا برضا الزوجة كما لو كانا زوجتين لثبوت حقهما كالاجتماع والسرية لا حق لها في الاجتماع قال وهذا متجه قال في الإنصاف وهو أولى بالمنع. الإنصاف(٨/ ٣٥٨).

منزله[1]، فإن مرض بعض محارمها أو مات استحب له أن يأذن لها في الخروج إليه، ولا تملك المرأة إجارة نفسها للرضاع والخدمة بغير إذن زوجها[2]، وله أن يمنعها من رضاع ولدها، إلا أن يضطر إليها وتخشى عليه[3].

---

(١) قوله: «وله منعها من الخروج إلخ» إلى ما لها منه يد سواء أرادات زيارة والديها أو عيادتهما أو حضور جنازة أحدهما لما روى أنس رضى الله عنه أن رجلاً منع زوجته الخروج فمرض أبوها فاستأذنت النبي ﷺ فقال لها اتقي الله ولا تخالفى زوجك فمات أبوها فاستأذنت في حضور جنازته فقال لها كالأول فأوحى الله إلى النبي ﷺ أنى قد غفرت لها بطاعة زوجها رواه ابن بطة ولأن حق الزوج واجب فلا يجوز تركه بما ليس بواجب فلو خرجت بلا إذنه حرم ونقل أبو طالب إذا قام بحوائجها وإلا لابد لها قال الشيخ تقي الدين فيمن حبسته بحقها إن خاف خروجها بلا إذنه أسكنها حيث لا يمكنها فإن لم يكن له من يحفظها غير نفسه حبست معه فإن عجز عن حفظها أو خيف حدوث شر أسكنت في رباط ونحوه، ومتى كان خروجها مظنة للفاحشة صار حقا لله يجب على ولى الأمر رعايته. المبدع(٦/٢٥٢-٢٥٣).

[فوائد]: (الأولى) دل كلام المصنف بطريق التنبيه على أنها لا تزور أبويها وهو المذهب وقيل لها زيارتهما ككلامهما. الإنصاف(٨/٣٦٠).

(الثانية) مفهوم قوله فإن مرض بعض محارمها الخ أنه لو مرض أو مات غير محارمها من أقاربها أنه لا يستحب أن يأذن لها في الخروج إليه وهو صحيح وهو المذهب. الإنصاف(٨/٣٦٠).

(الثالثة) لا يملك الزوج منع أبويها من زيارتها على الصحيح من المذهب وقيل له منعهما قال في الإنصاف والصواب في ذلك أن عرف بقرائن الحال أنه يحدث بزيارتهما أو أحدهما له ضرر فله المنع وإلا فلا. الإنصاف(٨/٣٦٠).

(الرابعة) لا يلزمها طاعة أبويها في فراق زوجها ولا زيارة ونحوه بل طاعة زوجها أحق. الإنصاف(٨/٣٦٠).

(الخامسة) ليس عليها عجن ولا طبخ ونحو ذلك على الصحيح من المذهب نص عليه وعليه أكثر الأصحاب، وقال الشيخ تقي الدين يجب عليها المعروف من مثلها لمثله قال في الإنصاف والصواب أن يرجع في ذلك إلى عرف البلد. الإنصاف(٨/٣٦٠).

(٢) قوله: «ولا تملك المرأة إلخ» هذا بلا نزاع لأنه يملك الاستمتاع بها وكونها تملك ذلك يؤدي إلى فوات حقه فلو فعلته بإذنه جاز، فعلى هذا لو تزوجها بعد أن أجرت نفسها للرضاع لم يملك الفسخ مطلقا على الصحيح من المذهب وقيل يملكه إن جهله. المبدع(٦/٢٥٣).

[فائدة] يجوز وطؤها بعد إجارتها نفسها مطلقا على الصحيح من المذهب وقيل ليس له ذلك أن أضر الوطء باللبن. الإنصاف(٨/٣٦١).

(٣) قوله: «وله أن يمنعها إلخ» إن كان الولد لغير الزوج فله منعها من رضاعه إلا أن يضطر إليها ويخشى عليه نص عليه وإن كان الولد منهما فظاهر كلام المصنف هنا أن له منعها إذا انتفى الشرطان وهى في حباله وهو أحد الوجهين ولفظ الخرقي يقتضيه وهو ظاهر كلام القاضي والوجيز هنا. والوجه الثاني ليس له منعها وهو المذهب وعليه جماهير الأصحاب وجزم به المصنف في هذا الكتاب في أول باب نفقة الأقارب والمماليك لقوله تعالى: ﴿ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ ﴾ وهو خبر بمعنى الأمر. انظر/ المبدع٦/٢٥٣).

فصل في القسم

وعلى الرجل أن يساوى بين نسائه في القسم[1]، وعماد القسم الليل إلا لمن معيشته بالليل كالحارس، وليس له البداية بإحداهن ولا السفر بها إلا بقرعة. فإذا بات عندها بقرعة أو غيرها لزمه المبيت عند الثانية، وليس عليه التسوية بينهن في الوطء بل يستحب، ويقسم لزوجته الأمة ليلة وللحرة ليلتين وإن كانت كتابية، ويقسم للحائض والنفساء والمريضة والمعيبة [2]، وإن دخل في ليلتها إلى غيرها لم يجز إلا لحاجة داعية، فإن لم يلبث عندها لم يقض، وإن لبث أو جامع لزمه أن يقضي لها مثل ذلك من حق الأخرى [3]، وإن أراد النقلة من بلد إلى بلد وأخذ

---

(١) قوله: ((وعلى الرجل أن يساوى بين نسائه إلخ)) لا نعلم فيه خلافا لقوله تعالى: ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ وليس مع الميل معروف لقوله تعالى: ﴿ فَلَا تَمِيلُواْ كُلَّ ٱلْمَيْلِ﴾ الآية وعن أبي هريرة رضى الله عنه أن النبي ﷺ قال من كان له امرأتان فمال إلى إحداهما جاء يوم القيامة وشقه مائل، وعن عائشة رضى الله عنها قالت كان النبي ﷺ يقسم فيعدل ويقول اللهم هذا قسمى فيما أملك فلا تلمني فيما تملك ولا أملك يعني القلب رواهما الخمسة ولفظهما لأبي داود وخرج منه الطفل. المبدع(٦/٢٥٤).
[تنبيه] ظاهر قوله وعلى الرجل أن يساوى بين نسائه في القسم أنه لا تجب عليه التسوية في النفقة والكسوة إذا كفى الأخرى، وهو صحيح وهو المذهب وعليه الأصحاب وقال الشيخ تقي الدين تجب التسوية عليه فيهما أيضا وقال لما علل القاضى عدم الوجوب بقوله لأن حقهن في النفقة والكسوة والقسم وقد سوى بينهما وما زاد على ذلك فهو مقطوع له أن يفعله إلى من شاء قال موجب هذه العلة أن له أن يقسم للواحدة ليلة من أربع لأنه الواجب ويبيت الباقي عند الأخرى انتهى. انظر/ الإنصاف(٨/٣٦٣).

(٢) قوله: ((ويقسم للحائض إلخ)) وكذا من آلى منها أو ظاهر والمحرمة ومن سافر بها بقرعة والزمنة والمجنونة المأمونة نص على ذلك، وأما الصغيرة فقال المصنف والشارح إن كانت توطأ قسم لها وهو أحد الوجهين وقيل إن كانت مميزة قسم لها وإلا فلا واقتصر عليه في المحرر وغيره. انظر/ المبدع(٦/٢٥٦).

(٣) قوله: ((فإن دخل في ليلتها- إلى قوله- من حق الأخرى)) وهذا الصحيح من المذهب وعليه جماهير الأصحاب لأن التسوية واجبة ولا يحصل إلا بذلك وظاهره أنه يلزمه القضاء ولو جامعها في الزمن اليسير وهو الأصح فيدخل على المظلومة في ليلة المجامعة فيجامعها ليعدل بينهما وقيل لا يقضى وطئا في الزمن اليسير وقدمه ابن رزين في شرحه لأن الوطء لا يستحق في القسم. المبدع(٦/٢٥٦-٢٥٧).

إحداهن معه والأخرى مع غيره لم يجز إلا بقرعة ومتى سافر بها بقرعة لم يقض، وإن كان بغير قرعة لزمه القضاء للأخرى، وإن امتنعت من السفر معه أو من المبيت عنده أو سافرت بغير إذنه سقط حقها من القسم، وإن أشخصها هو فهي على حقها من ذلك، وإن سافرت لحاجتها بإذنه فعلى وجهين. وللمرأة أن تهب حقها من القسم لبعض ضرائرها بإذنه وله فيجعله لمن شاء منهن (1)، فمتى رجعت في الهبة عاد حقها (2) ولا قسم عليه في ملك يمينه.

وله الاستمتاع بهن كيف شاء، ويستحب التسوية بينهن وألا يعضلهن إن لم يرد الاستمتاع بهن.

«**أشخصها**» يقال: شخص من بلد إلى بلد: ذهب، وأشخصه غيره، أي: سفرها.

---

(1) قوله: «وللمرأة أن تهب إلخ» لفعل سودة فإنها وهبت لعائشة يومها فكان النبي ﷺ يقسم لعائشة يومها ويوم سودة متفق عليه. وشرطه أن يأذن فيه لأن حقه على الواهبة ثابت فلا ينتقل إلى غيرها إلا برضاه، وظاهره ولو أبت الموهوب لها، ثم إن كانت ليلة الواهبة لا تلي الموهوبة لم يجز الموالاة بينهما لأن الموهوبة قائمة مقام الواهبة. المبدع(٦/٢٥٩).

[فائدة] لا يصح هبة ذلك بمال على الصحيح من المذهب جزم به في الكافي والفروع وغيرهما من الأصحاب وقال الشيخ تقي الدين قياس المذهب جواز أخذ العوض عن سائر حقوقها من القسم وغيره، ووقع في كلام القاضي ما يقتضي جوازه. الإنصاف (٨/٣٧١).

(2) قوله: «فمتى رجعت في الهبة إلخ» هذا المذهب لأنها هبة لم تقبض والمراد به العود في المستقبل لا فيما مضى لأنه قد اتصل به القبض فعلى هذا إذا رجعت في أثناء ليلتها لزم الزوج الانتقال إليها وإن لم يعلم حتى أتم الليلة لم يقض لها. المبدع(٦/ ٢٥٩).

[فائدة] يجوز للمرأة بذل قسمها ونفقتها وغيرهما ليمسكها، ولها الرجوع لأن حقها يتجدد شيئاً فشيئاً، وقال في الهدى يلزم ذلك ولا تطالبه لأنها معارضة كما لو صالح عليه من الحقوق والأموال ولما فيه من العداوة ومن علامات المنافق إذا وعد أخلف وإذا عاهد غدر انتهى قال في الفروع كذا قاله. انظر/ الإنصاف(٨/٣٧٢).

فصل

وإذا تزوج بكرا أقام عندها سبعاً ثم دار، وإن كانت ثيبا أقام عندها ثلاثا[(١)]، فإن أحبت أن يقيم عندها سبعا[(٢)] فعل وقضاهن للبواقي[(٣)]، وإن زفت إليه امرأتان قدم السابقة منهما ثم أقام عند الأخرى ثم دار، فإن زفتا معا قدم إحداهن بالقرعة ثم أقام عند الأخرى، وإن أراد السفر فخرجت بالقرعة لإحداهما سافر بها ودخل حق العقد في قسم السفر، فإذا قدم بدأ بالأخرى فوفاها حق العقد، وإذا طلق إحدى نسائه في ليلتها أثم، فإن تزوجها بعد قضاها ليلتها، وله أن يخرج في نهار ليل القسم لمعاشه وقضاء حقوق الناس.

فصل في النشوز

وهو معصيتها إياه فيما يجب عليها[(٤)]، وإذا ظهر منها أمارات النشوز بأن لا

---

(١) قوله: «وإذا تزوج بكرا إلخ» لما روى أبو قلابة عن أنس رضى الله عنه قال من السنة إذا تزوج الرجل البكر على الثيب أقام عندها سبعا وقسم وإذا تزوج الثيب أقام عندها ثلاثا ثم قسم قال أبو قلابة لو شئت لقلت إن أنسا رفعه إلى النبي ﷺ متفق عليه ولفظه للبخارى، وحينئذ يقطع الدور. المبدع(٦/٢٦٠).

(٢) قوله: «فإن أحبت إلخ» أن الخيرة لها وهو المذهب لما روت أم سلمة رضى الله عنه أن النبي ﷺ لما تزوجها أقام عندها ثلاثا وقال «إنه ليس بك هوان على أهلك فإن شئت سبعت لك وإن سبعت لك سبعت لنسائي» رواه مسلم قال ابن عبد البر والأحاديث المرفوعة على ذلك وليس مع من خالفنا حديث مرفوع والحجة مع من أدلى بالسنة وروى ما ذكرناه عن أنس وبه قال الشعبي والنخعي ومالك والشافعي وأبو عبيد وابن المنذر وروى عن سعيد بن المسيب والحسن وخلاس بن عمرو ونافع للبكر ثلاث وللثيب ليلتان ونحوه قال الأوزاعي وقال الحكم وحماد وأصحاب الرأي لا فضل للجديدة في القسم وإن أقام عندها شيئاً قضاه للباقيات» ولنا ما تقدم. الشرح الكبير(٤/٢٦٠).

(٣) قوله: «فعل وقضى للبواقي» يعني سبعاً سبعاً وهو المذهب وعليه الأصحاب لقوله «وإن سبعت لك سبعت لنسائي» وفي لفظ رواه الدارقطني وإن شئت أقمت عندك ثلاثا خالصة لك وإن شئت سبعت لك ثم سبعت لنسائي وقال في الروضة يقضى للبواقي من نسائه الفاضل عن الأيام الثلاثة. الشرح الكبير (٤/٣٦٧)، المبدع(٦/٢٦٠-٢٦١).

[فائدة] ظاهر كلامه وكلام غيره أنه لا فرق في ذلك بين الحرة والأمة فيقسم للأمة البكر سبعا وللثيب ثلاثا كالحرة وهو المذهب وعليه أكثر الأصحاب وقطع به في المغني والشرح وقدمه في الفروع وقيل للأمة نصف الحرة. انظر/ الشرح الكبير(٦/٣٦٧).

(٤) قوله: «وهو معصيتها إياه إلخ» النشوز كراهة كل واحد من الزوجين صاحبه وسوء عشرته يقال نشزت المرأة على زوجها فهى ناشزة وناشز ونشز عليها زوجها إذا جفاها وأضر بها، مأخوذ من النشز وهو الارتفاع فكأنها ارتفعت وتعلت فيما =

تجيبه إلى الاستمتاع بها أو تجيبه متبرمة متكرهة وعظها فإن أصرت هجرها في المضجع ما شاء[1].

وفي الكلام فيما دون ثلاثة أيام [2] فإن أصرت فله أن يضربها ضربا غير مبرح[3] فإن ادعى كل واحد ظلم صاحبه له أسكنهما الحاكم إلى جانب ثقة يشرف

«**وإن زفت إليه**» يقال: زفت العروس إلى زوجها زفاً، وزفافاً، وأزففتها: أهديتها.

«**في النشوز**» النشوز: كراهة كل واحد من الزوجين صاحبه، وسوء عشرته، يقال: نشزت المرأة على زوجها، فهي ناشز، وناشزة ونشز عليها زوجها: إذا جفاها وأضر بها.

«**متبرمة**» أي: متضجرة.

«**وعظها**» الوعظ، والعظة: تذكرتك الإنسان بما يلين قلبه من ثواب، وعقاب، وقد وعظه وعظاً، واتعظ هو: قبل الموعظة.

«**المضجع**» مكان الاضطجاع، بفتح الجيم، وهو القياس.

= يجب عليها من طاعته. المبدع (٦/٢٦٣).

(١) قوله: «هجرها في المضجع ما شاء» هذا المذهب لقوله تعالى: ﴿ وَٱهۡجُرُوهُنَّ فِي ٱلۡمَضَاجِعِ ﴾ وقال ابن عباس لاتضاجعها في فراشك لأن القرآن مطلق فلا تقييد بغير دليل. المبدع(٦/٢٦٣).

(٢) قوله: «وفي الكلام إلخ» هذا المذهب لما روى أبو هريرة رضى الله عنه- أن النبي ﷺ قال «لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاثة أيام» وقد هجر النبي ﷺ نساءه فلم يدخل عليهن شهرا متفق عليه. المبدع(٦/٢٦٣-٢٦٤).

[تنبيه] مفهوم قوله: «فإن أصرت فله أن يضربها إلخ» أنه لا يملك ضربها إلا بعد هجرها في الفراش وتركها من الكلام وهو صحيح وهو المذهب. انظر/ الإنصاف(٨/٣٧٦).

(٣) قوله: «فله أن يضربها ضربا غير مبرح» أى غير شديد للخبر الصحيح قال الأصحاب عشرة فأقل. المبدع(٦/٢٦٤).

[فائدة] لا يملك الزوج تعزيرها في حق الله قدمه في الفروع نقل مهنا هل يضربها على ترك زكاة قال لا أدرى قال في الفروع وفيه ضعف لأنه نقل عن الإمام أحمد يضربها على فرائض الله قال في الانتصار وذكر غيره يملكه وقطع في المغني والشرح وغيرهما يجوز تأديبها على ترك الفرائض وسأل إسماعيل بن سعيد أحمد عن ما يجوز ضرب المرأة عليه قال على فرائض الله وقال في الرجل له امرأة لا تصلى يضربها ضربا رفيقا وقال الإمام أحمد أخشى أن لا يحل للرجل أن يقيم مع امرأة لا تصلى ولا تغتسل من الجنابة ولا تعلم القرآن. الإنصاف(٨/٣٧٧).

عليهما ويلزمهما الإنصاف[1] فإن خرجا إلى الشقاق والعداوة بعث الحاكم حكمين حرين مسلمين عدلين- والأولى أن يكونا من أهلهما- برضاهما وتوكيلهما فيكشفان عن حالهما ويفعلان ما يريانه من جمع بينهما أو تفريق بطلاق أو خلع[2]، فإن امتنعا من التوكيل لم يجبرا[3] ويحتمل أن الزوج وكل في الطلاق بعوض أو غيره ووكلت المرأة في بذل العوض برضاها وإلا جعل الحاكم إليهما ذلك[4] فإن غاب الزوجان أو أحدهما لم ينقطع نظر الحكمين على الرواية الأولى وينقطع على الثانية، وإن جنا انقطع نظرهما على الأولى و لم ينقطع على الثانية.

«**غير مبرح**» أي: غير شديد، قاله ثعلب. ومنه برح به الأمر تبريحا، أي: جهده، وتباريح الشوق: توهجه.

«**إلى الشقاق**» الشقاق، والمشاقة: الخلاف، والعداوة، وشق فلان العصا: إذا فارق الجماعة، والله أعلم.

---

(١) قوله: «فإن ادعى كل واحد إلخ» الصحيح من المذهب وعليه أكثر الأصحاب أن الإسكان إلى جانب ثقة قبل بعث الحكمين كما قطع به المصنف هنا لأن ذلك طريق إلى الإنصاف فتعين فعله. المبدع(٦/٢٦٤).

(٢) قوله: «فإن خرجا إلى الشقاق إلخ» اشتراط الإسلام والعدالة متفق عليه في الحكمين وقطع المصنف هنا باشتراط الحرية فيهما وهو الصحيح من المذهب. المبدع(٦/٢٦٤-٢٦٥).

(٣) قوله: «فإن امتنعا من التوكيل لم يجبرا إلخ» اعلم أن الصحيح من المذهب أن الحكمين وكيلان عن الزوجين لا يرسلان إلا برضاهما وتوكيلهما فإن امتنعا من التوكيل لم يجبرا عليه قال الزركشي هذا المشهور عند الأصحاب حتى أن القاضي في الجامع الصغير والشريف أبا جعفر وابن البنا لم يذكروا خلافا، ولا يملكان التفريق إلا بإذنهما وهذا مذهب عطاء وأحد قولي الشافعي وحكى ذلك عن الحسن وأبي حنيفة لأنهما رشيدان والبضع حق الزوج والمال حق الزوجية فلم يجبرا على التوكيل منهما كغيرهما من الحقوق. انظر/ الشرح الكبير(٤/٣٧١).

(٤) قوله: «وعنه أن الزوج إلخ» فهذا يدل على أنهما حكمان يفعلان ما يريان من جمع أو تفريق بعوض أو غيره من غير رضا الزوجين قال الزركشي وهو ظاهر الآية الكريمة انتهى. واختاره ابن هبيرة والشيخ تقي الدين وهو ظاهر كلام الخرقي قاله في الفروع وروى نحو ذلك عن على وابن عباس وأبي سلمة بن عبد الرحمن والشعبي والنخعي وسعيد بن جبير ومالك والأوزاعي وإسحاق وابن المنذر لأن الله تعالى سماهما حكمين. وعن عبيدة السلماني أن رجلا وامرأته أتيا عليا مع كل منهما فئام من الناس فقال على ابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها فبعثوا حكمين ثم قال للحكمين هل تدريان ما عليكما من الحق إن رأيتما أن تجمعا جمعتما وإن رأيتما أن تفرقا فرقتما؟ فقالت المرأة رضيت بكتاب الله لي وعلى، وقال الرجل أما الفرقة فلا، فقال على كذبت حتى ترضى بما رضيت به رواه أبو بكر وهذا يدل على أنه أجبره على ذلك. ولا يمتنع أن تثبت الولاية على الرشيد عند امتناعه من أداء الحق كالمدين الممتنع وطلاق الحاكم على المؤلى. الشرح الكبير(٤/٣٧١).

كتاب الخلع

وإذا كانت المرأة مبغضة للرجل وتخشى أن لا تقيم حدود الله فلا بأس أن تفتدى نفسها[١] منه وإن خالفته لغير ذلك كره ووقع الخلع[٢]، وعنه لا يجوز،

كتاب الخلع

الخلع: أن يفارق امرأته على عوض تبذله له، وفائدته: تخلصها من الزوج على وجه لا رجعة له عليها، إلا برضاها، وعقد جديد. وهل هو فسخ أو طلاق؟ على التفصيل المذكور في الباب. يقال: خلع امرأته خلعا، وخالعها مخالعة، واختلعت هي منه، فهي خالع، وأصله: من خلع الثوب[٣].

---

(١) قوله: ((وإذا كانت المرأة إلخ)) أى فيباح للزوج والحالة هذه على الصحيح من المذهب وأما الزوج فالصحيح من المذهب أنه يستحب له الإجابة إليه وعليه الأصحاب، واختلف كلام الشيخ في وجوب الإجابة إليه، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ﴾ ولقول ابن عباس رضى الله عنهما جاءت امرأة ثابت بن قيس إلى النبي ﷺ فقالت يا رسول الله ثابت بن قيس ما أعيب عليه في دين ولا خلق ولكنى أكره الكفر في الإسلام، فقال النبي ﷺ: ((أتردين عليه حديقته قالت نعم، فأمرها بردها وأمره ففارقها)) رواه البخاري وبه قال جميع الفقهاء في الأمصار إلا بكر بن عبد الله المزني لم يجزه. المبدع(٦/٢٦٧).

على قوله: ((مبغضة للزوج)) لخلقه أو خلقه أو دينه أو كبره أو ضعفه أو نحو ذلك. المبدع (٦/٢٦٧).

(٢) قوله: ((وإن خالعته لغير ذلك إلخ)) أى لغير سبب مع استقامة الحال وهذا المذهب وعليه الجمهور منهم أبو حنيفة والثورى ومالك والأوزاعي والشافعي وعنه لا يجوز ولا يصح وإليه ميل المصنف والشارح واختاره أبو عبد الله بن بطة وأنكر جواز الخلع مع استقامة الحال وصنف فيه مصنفا وهو قول ابن المنذر وداود، قال ابن المنذر وروى معنى ذلك عن ابن عباس وكثير من أهل العلم لأن الله تعالى قال: ﴿ إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ ﴾ وهذا صريح التحريم إذا لم يخافا أن لا يقيما حدود الله ثم قال: ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ﴾ فدل بمفهومه على أن الجناح لاحق بهما إذا افتدت من غير خوف وقوله عليه الصلاة والسلام ((أيما امرأة سألت زوجها الطلاق في غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة)) رواه أبو داود من حديث ثوبان، ووجه الأول قوله تعالى: ﴿ فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَىْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا ﴾ قال المصنف والحجة مع من حرمه، وخصوص الآية في التحريم يجب تقديمها على آية الجواز مع ما عضدها من الأخبار. انظر المبدع(٦/٢٦٨).

[فائدة] لا يفتقر الخلع إلى حاكم نص عليه رواه البخارى عن عمر وعثمان وبه قال شريح والزهري ومالك والشافعي وإسحاق وأهل الرأي، وعن الحسن وابن سيرين لا يجوز إلا عند السلطان. المبدع(٦/٢٦٨-٢٦٩).

(٣) انظر/ لسان العرب (٢/١٢٣٢).

فأما إن عضلها لتفدى نفسها منه ففعلت فالخلع باطل والعوض مردود والزوجية[1] بحالها إلا أن يكون طلاقا فيقع رجعيا[2]. ويجوز الخلع من كل زوج يصح طلاقه مسلما كان أو ذمياً[3] فإن كان محجوراً عليه دفع المال إلى وليه وإن كان عبدا دفع المال إلى سيده[4] وقال القاضي: يصح القبض من كل من يصح[5] خلعه وهل للأب خلع زوجة ابنه الصغير أو طلاقها؟ على روايتين[6]،

---

(١) قوله: «فأما إن عضلها إلخ» أى بأن ضاررها بالضرب والتضييق عليها ظلماً أو منعها حقها من النفقة والقسم ونحوه، وروى نحو ذلك عن ابن عباس وعطاء ومجاهد والشعبي والنخعي والقاسم بن محمد وعروة وعمرو بن شعيب وحميد بن عبد الرحمن والزهري وبه قال مالك والشافعي والثورى وإسحاق، وقال أبو حنيفة العقد صحيح والعوض لازم وهو آثم عاص، ولنا قوله: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُواْ﴾ الآية وقال ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾ الآية، فعلى هذا الزوجية بحالها لأن المقتضى للفرقة الخلع الصحيح ولم يوجد. انظر/ الشرح الكبير(٤/٣٧٤-٣٧٥).

(٢) قوله: «إلا أن يكون طلاقا فيقع رجعيا» أى إذا لم تملك العوض وقلنا الخلع طلاق وقع الطلاق بغير عوض فإن كان أقل من ثلاث فله رجعتها لأن الرجعة إنما سقطت بالعوض فإذا سقط العوض ثبتت الرجعة إن كانت بلفظ طلاق أو نيته وإلا فهو لغو. وقال مالك إن أخذ منها شيئاً على هذا الوجه رده ومضى الخلع عليه قال الشارح ويتخرج لنا مثل ذلك إذا قلنا يصح الخلع بغير عوض. المبدع(٦/٢٦٩).

[فائدة] يستثنى صور: منها إذا ضربها لتركها فرضا أو على نشوزها أو منعها حقها من أجله لم يحرم خلعها. الإنصاف(٨/٣٨٥).

ومنها: إذا ضربها لسوء خلقه لا يريد ذلك الفداء لم يحرم خلعها لأنه لم يعضلها ليذهب ببعض ما آتاها وهو آثم بالظلم. الإنصاف(٨/٣٨٥).

ومنها: إذا زنت فعضلها لتفتدى جاز وصح الخلع نص عليه لقوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَـٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾. الإنصاف(٨/٣٨٥).

[فائدة] إذا قالت بعني عبدك هذا وطلقني بألف ففعل صح ويقسط الألف على الصداق المسمى وقيمة العبد على الأشهر. المبدع(٦/٢٦٩).

(٣) قوله: «ويجوز الخلع إلخ» هذا بلا نزاع لأنه إذا ملك الطلاق بغير عوض فبالعوض أولى. المبدع(٦/٢٧٠).

(٤) قوله: «فإن كان محجورا عليه إلخ» هذا المذهب. المبدع(٦/٢٧٠، الإنصاف(٨/٣٨٦).

(٥) قوله: «وقال القاضي إلخ» أى لأنه يصح منه أحد ركني المعاوضة وهو العقد فيصح منه قبض العوض الذي هو الركن الآخر قياسا عليه فعلى هذا يصح قبض المحجور عليه والعبد لأن من صح خلعه صح قبضه العوض كالمحجور عليه لفلس ونص عليه أحمد في العبد، قال في الشرح والأولى أنه لا يجوز، فعلى المذهب إن سلمت العوض إلى المحجور عليه لم تبرأ، فإن أخذه الولى منه برئت. المبدع(٦/٢٧٠).

(٦) قوله: «وهل للأب إلخ» إحداهما ليس له ذلك وهو المذهب وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي لقوله عليه الصلاة والسلام «الطلاق لمن أخذ بالساق» رواه ابن ماجه والدارقطني بإسناد فيه ضعف ولأنه إسقاط لحقه فلم يملكه كالإبراء وإسقاط=

وليس له خلع ابنته الصغيرة بشيء من مالها[1]. ويصح الخلع مع الزوجة ومع الأجنبي[2] ويصح بذل العوض فيه من كل جائز التصرف.

«ومع الأجنبي» مثاله: أن يقول الأجنبي: اخلع زوجتك على كذا، فيفعل، فيصح الخلع، ويلزمه العوض.

= القصاص. والثانية له ذلك نصره القاضي وأصحابه وهو قول عطاء وقتادة لأنه يصح أن يزوجه بعوض فلأن يصح أن يطلق عليه بعوض بطريق الأولى. قال أبو بكر والعمل عندى على جواز ذلك وذكر في الترغيب أنها أشهر في المذهب وذكر الشيخ تقي الدين أنها ظاهر المذهب. المبدع(٦/٢٧٠).

[فائدة] وكذا الحكم في أبي المجنون وسيد الصغيرة والمجنون خلافا ومذهبا. الإنصاف(٨/٣٨٨).

(١) قوله: «وليس له خلع ابنته الصغيرة إلخ» وهذا المذهب وعليه أكثر الأصحاب لأن فيه إسقاط نفقتها وكسوتها وبذل مالها فعليه لو فعل كان الضمان عليه نص عليه. وقيل له ذلك وهو رواية في المبهج قال أبو بكر والعمل عندي على جواز ذلك، قال المصنف في المغني والشارح: ويحتمل أن يملك إذا رأى الحظ فيه وهو مذهب مالك. وقال الشيخ تقي الدين: والأظهر أن المرأة إذا كانت تحت حجر الأب أن له أن يخالع بمالها إذا كان لها فيه مصلحة ويوافق ذلك بعض الروايات عن مالك ويخرج على أصول أحمد انتهى. قال في الإنصاف وهو الصواب. المبدع(٦/٢٧٠-٢٧١)، الإنصاف(٨/٣٨٩).

(٢) قوله: «ومع الأجنبي» ولو بغير إذن المرأة مثل أن يقول الأجنبي للزوج طلق امراتك بألف علي وهذا الصحيح من المذهب وهو قول أكثر أهل العلم وقال أبو ثور لا يصح لأنه سفه. ولنا أنه بذل مال في إسقاط حق عن غيره فصح كما لو قال ألق متاعك في البحر وعلى ثمنه وكذا لو قال على مهرها أو سلعتها وأنا ضامن أو على ألف في ذمتها وأنا ضامن فيجيبه فيصح ويلزم الأجنبي وحده بذل العوض فإن لم يضمن حيث سمى العوض منها لم يصح وقال الشيخ تقي الدين ينبغي أن يكون ذلك مشروطاً أى صحة الخلع مع الأجنبي بما إذا كان قصده تخليصها من رق الزوج لمصلحتها في ذلك ونقل مهنا عن الإمام أحمد في رجل قال لرجل طلق امرأتك حتى أتزوجها ولك ألف درهم فأخذ منه الألف ثم قال لامرأته أنت طالق فقال: سبحان الله رجل يقول لرجل طلق امرأتك حتى أتزوجها لا يحل هذا. المبدع(٦/٢٧١)، الشرح الكبير(٤/٣٧٦).

[فوائد] إذا قالت امرأته طلقني وضرتي بألف فطلقهما وقع بهما بائنا واستحق الألف على ما ذكرته وإن طلق إحداهما فقال القاضي تطلق بائنا ويلزم الباذلة بحصتها من الألف وقياس قول أصحابنا فيما إذا قالت طلقني ثلاثا بألف فطلقها واحدة أن لا يلزم الباذلة هنا شيء لأنه لم يجبها إلى ما سألت وإن قالت طلقني بألف على أن تطلق ضرتي أو على أن لا تطلق ضرتي فالخلع صحيح والشرط والبذل لازم. المبدع(٦/٢٧١).

(الثانية) يجوز في الحيض وطهر أصابها فيه. المبدع(٦/٢٧١).

(الثالث) إذا قال طلق بنتي وأنت بريء من صداقها فطلق بانت و لم يبرأ ويرجع على الأب نص عليهما لأنه غره. وحمله القاضي على أن الزوج كان جاهلا بأن إبراء الأب صحيح فإن علم أن إبراء الأب غير صحيح لم يرجع وطلاقه رجعي وقاله في الشرح وقدمه في الرعاية. انظر/ المبدع(٦/٣٧٢).

وإن خالعت الأمة بغير إذن سيدها على شيء معلوم كان في ذمتها تتبع به بعد[1] العتق، وإن خالعته المحجور عليها لم يصح[2] الخلع ووقع طلاقه رجعيا[3] والخلع طلاق بائن إلا أن يقع بلفظ الخلع أو الفسخ أو المفاداة[4] ولا ينوى به

---

(١) قوله: «فإن خالعت الأمة إلخ» جزم المصنف هنا بصحة خلع الأمة بغير إذن سيدها وجزم به غيره وهو مشكل إذ المذهب أنه لا يصح تصرف العبد بغير إذن سيده في ذمته وقيل لا يصح بدون إذن سيدها كما لو منعها فخالعت وهو المذهب. المبدع(٦/٢٧٢).

(٢) قوله: «وإن خالعته المحجور عليها إلخ» هذا المذهب ولو أذن فيه الولي لأنه لا إذن له في التبرع. المبدع(٦/٢٧٢).

على قوله: «لم يصح الخلع» مراده المحجور عليها للسفه أو الصغر أو الجنون، وأما المحجور عليها للفلس فإنه يصح خلعها ويرجع عليها بالعوض إذا فك عنها الحجر وأيسرت. المبدع(٦/٢٧٣).

(٣) قوله: «ووقع طلاقه رجعيا» إذا وقع بلفظ الطلاق أو نوى به الطلاق فأما إن وقع بلفظ الخلع أو الفسخ أو المفاداة ولم ينو به الطلاق فهو كالخلع بغير عوض وسيأتي حكمه. المبدع(٦/٢٧٣).

على قوله: «والخلع» صريحه الخلع والمفاداة والفسخ وكنايته الإبانة والتبرية.

(٤) قوله: «والخلع طلاق بائن إلخ» اختلفت الرواية عن أحمد في الخلع إذا لم ينو به الطلاق فعنه أنه فسخ وهذا الصحيح من المذهب وروى ذلك عن ابن عباس وطاوس وعكرمة وإسحاق وأبي ثور وهو أحد قولي الشافعي، وعنه أنه طلقة بائنة بكل حال روى ذلك عن سعيد بن المسيب وعطاء والحسن وقبيصة وشريح ومجاهد وأبي سلمة بن عبد الرحمن والنخعي والشعبي والزهري ومكحول وابن أبي نجيح ومالك والثورى والأوزاعي وأصحاب الرأي، وقد روى عن عثمان وعلى وابن مسعود لكن ضعف أحمد الحديث عنهم وقال: ليس لنا في الباب شيء أصح من حديث ابن عباس أنه فسخ واحتج ابن عباس بقوله تعالى: ﴿ ٱلطَّلَـٰقُ مَرَّتَانِ ﴾ ثم قال: ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ﴾ ثم قال: ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ ﴾ فذكر تطليقتين والخلع وتطليقه بعدها فلو كان الخلع طلاقا لكان أربعا. الشرح الكبير(٤/٣٧٨-٣٧٩). وقال الشيخ تقي الدين: والخلع فسخ بأى لفظ كان ولو وقع بصريح الطلاق وليس من الطلاق الثلاث وهذا هو المنقول عن ابن عباس وأصحابه وعن الإمام أحمد وقدماء أصحابه ولم يفرق أحد من من السلف ولا أحمد بن حنبل ولا قدماء أصحابه في الخلع بين لفظ ولفظ لا لفظ الطلاق ولا غيره بل ألفاظهم كلها صريحة في أنه فسخ بأى لفظ كان قال عبد الله: رأيت أبي يذهب إلى قول ابن عباس وابن عباس يقول كل ما أجازه المال فليس بطلاق. انتهى. الإنصاف(٨/٣٩٤). =

الطلاق فيكون فسخا لا ينقص به عدد الطلاق في إحدى الروايتين، وفي الرواية الأخرى هو طلاق بائن بكل حال ولا يقع بالمعتدة من الخلع طلاق ولو واجهها به [1]، وإن شرط الرجعة في الخلع لم يصح الشرط في أحد الوجهين [2] وفي الآخر يصح الشرط ويبطل العوض[3].

فصل

ولا يصح الخلع إلا بعوض في أصح الروايتين، فإن خالعها بغير عوض لم يقع إلا أن يكون طلاقا فيقع رجعيا[4] والأخرى يصح بغير عوض اختارها الخرقي[5]

= على قوله: ((وفي الرواية الأخرى هو طلاق بائن بكل حال)) وفائدة الخلاف إذا قلنا بأن طلاق حسب ونقص به عدد طلاقه، وإن قيل هو فسخ فلم تحرم عليه وإن خالعها مائة مرة، وتبين بالخلع على كلتا الروايتين فلا يملك رجعتها إلا بشرطه كالبيع. الشرح الكبير(٣٧٨/٤).

(١) على قوله: ((ولو واجهها به)) وهذا المذهب لما روى الشافعي أنبأنا مسلم عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس وابن الزبير أنهما قالا لا يحلق المختلعة الطلاق في العدة، ولم يعرف لهما مخالف فكان كالإجماع، وبه قال مالك والشافعي. الشرح الكبير(٣٨٠/٤).

(٢) على قوله: ((في أحد الوجهين)) وهذا المذهب وبه قال أبو حنيفة، وتستحق المسمى في الخلع على الصحيح من المذهب، وقيل يجب مهر مثلها. وقال الشيخ تقي الدين: قياس المذهب صحة هذا الشرط كما لو بذلت مالا على أن تملك أمرها ولأن الأصل جواز الشرط في العقود. المبدع(٢٧٥/٦).

(٣) على قوله: ((ويبطل)) أى يقع رجعياً بلا عوض، وهذا منصوص الشافعي. انظر/ المبدع(٢٧٥/٦).

(٤) قوله: ((فإن خالعها بغير عوض إلخ)) يشترط لصحة الخلع أن يكون بعوض فإن كان بغير عوض لم يصح وهذا المذهب نص عليه. نقله مهنا إذا قال اخلعى نفسك فقالت خلعت نفسى لم يكن خلعا إلا على شيء إلا أن يكون نوى الطلاق فيكون ما نوى، ولأن العوض ركن فيه فلم يصح تركه كالثمن في البيع فإن لم ينو به الطلاق لم يقع شيء، وإن تلفظ به من غير عوض ونوى الطلاق كان طلاقا رجعيا لأنه يصلح كناية عن الطلاق وهذا قول أبي حنيفة والشافعي. الشرح الكبير(٣٨١/٤-٣٨٢).

(٥) قوله: ((والأخرى إلخ)) فروى عنه ابنه عبد الله قال قلت لأبي رجل علقت به امرأته تقول اخلعني قال قد خلعتك قال يتزوج بها ويجد نكاحها جديداً وتكون عنده على ثنتين: فظاهر هذا صحة الخلع بغير عوض وهو قول مالك لأنه قطع للنكاح فصح من غير عوض كالطلاق. المبدع(٢٧٦/٦)، الشرح الكبير(٣٨١/٤).

ولا يستحب أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها [1] فإن فعل كره وصح وقال أبو بكر لا يجوز ويرد الزيادة، وإن خالعها بمحرم كالخمر والحر فهو كالخلع بغير عوض[2] وإن خالعها على عبد فبان حرا أو مستحقا فله قيمته عليها[3]، وإن بان معيبا فله أرشه أو قيمته، ويرده وإن خالعها على رضاع ولده عـــامين[4] أو

---

(١) قوله: ((ولا يستحب أن يأخذ إلخ)) إذا تراضيا على الخلع بشيء صح وإن كان أكثر من الصداق وهذا قول أكثر أهل العلم روى ذلك عن عثمان وابن عمر وابن عباس وعكرمة ومجاهد وقبيصة والنخعي ومالك والشافعي وأصحاب الرأي وروى عن ابن عمر وابن عباس أنهما قالا لو اختلعت امرأة من زوجها بميراثها وعقاص رأسها كان ذلك جائزا. وقال عطاء وطاوس والزهري وعمرو بن شعيب لا يأخذ أكثر مما أعطاها وروى ذلك عن علي بإسناد منقطع واختاره أبو بكر فإن فعل رد الزيادة واحتجوا بما روى أن جميلة بنت سلول أتت النبي ﷺ قالت والله ما أعيب على ثابت في خلق ولا دين ولكن أكره الكفر في الإسلام لا أطيقه بغضا. فقال لها النبي ﷺ أتردين عليه حديقته قالت نعم، فأمره النبي ﷺ أن يأخذ منها حديقته ولا يزداد رواه ابن ماجه. ولنا قوله تعالى: ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ﴾ ولأنه قول من سمينا من الصحابة. وقالت الربيع بنت معوذ اختلعت من زوجي بما دون عقاص رأس فأجاز ذلك علي. لكن لا يستحب أن يأخذ أكثر مما أعطاها وهذا المذهب وبه قال سعيد بن المسيب والحسن والشعبي والحكم وحماد وإسحاق وأبو عبيد ولم يكرهه أبو حنيفة ومالك والشافعي. انظر/ الشرح الكبير(٤/٣٨٢-٣٨٣).

(٢) قوله: ((وإن خالعها بمحرم إلخ)) يعني إذا علما تحريم ذلك فإذا علماه فلا شيء له وهو كالخلع بغير عوض على ما مر وهذا الصحيح من المذهب وبه قال أبو حنيفة ومالك لأن الخلع مع العلم بتحريمه يدل على رضا فاعله بغير شيء، وقال الشافعي له عليها مهر المثل لأنه معاوضة بالبضع فإذا كان محرما وجب مهر المثل كالنكاح. المبدع(٦/ ٢٧٧)، الشرح الكبير(٤/٣٨٣).

على قوله: ((وإن خالعها بمحرم)) يعلمانه فلو جهلا التحريم صح وكان له بدله. المبدع(٦/ ٢٧٧).

(٣) قوله: ((وإن خالعها على عبد إلخ)) إذا خالعها على عوض فبان غير مال أو أنه ليس له مثل أن يخالعها على عبد بعينه فبان حرا أو مغصوبا أو على خل فبان خمرا فالخلع صحيح في قول أكثر أهل العلم لأن الخلع معاوضة فلا يفسد بفساد العوض كالنكاح ويرجع عليها بقيمته إذا لم يكن مثليا فإن كان مثليا فله مثله وهذا الصحيح من المذهب، وقال الشافعي يرجع بمهر المثل. المبدع(٦/٢٢٧).

على قوله: ((ويرده)) وهذا المذهب، وعنه لا أرش مع الإمساك.

(٤) قوله: ((وإن خالعها على رضاع إلخ)) وهذا المذهب وبه قال الشافعي لأن هذا مما=

سكنى دار صح[1] فإن مات الولد أو خرجت الدار رجع بأجرة باقي المدة، وإن خالع الحامل على نفقة عدمًا صح وسقطت[2].

«**على رضاع ولده**» أي: على إرضاعها إياه، ورضاع: مصدر رضع رضاعاً، فكأنه قال: على أن ترضع ولدها منها عامين بإرضاعها.

=يصح المعاوضة عليه في غير الخلع ففيه أولى فلو خالعها على رضاع ولده مطلقا صح وينصرف إلى ما بقى من الحولين أو هما نص عليه . الشرح الكبير(٤/٣٨٤).

(١) قوله: «أو سكنى دار» أى معينة صح وهذا المذهب ويشترط تعيين المدة كالإجارة وكذا لو خالعها على نفقة الطفل أو كفالته فعلى المذهب هل يرجع عليها إذا خرجت الدار بالأجرة دفعة واحدة أو يستحقه يوما فيوما؟ فيه وجهان أحدهما يرجع به يوما فيوما قال في الإنصاف وهو أولى وأقرب إلى العدل. المبدع(٦/٢٧٨)، الإنصاف(٨/٤٠١).

[فائدة] موت المرضعة وجفاف لبنها في أثناء المدة كموت المرتضع في الحكم على ما تقدم وكذا كفالة الولد مدة معينة ونفقته لكن قال في الرعاية: لو مات في الكفالة في أثناء المدة فإنه يرجع بقيمة كفالة مثلها لمثله، ولو أراد الزوج أن يقيم بدل الرضيع من ترضعه أو تكفله فأبت أو أرادته هى فأبى لم يلزما. الإنصاف(٨/٤٠٢).

على قوله: «رجع بأجرة باقي المدة» أى من أجرة الرضاع والدار. المبدع(٦/٢٧٨).

(٢) قوله: «وإن خالع الحامل إلخ» هذا المذهب وحكى عن أبي حنيفة، وقال الشافعي: لا تصح النفقة فإن خالعها به وجب مهر المثل. ولنا أنها إحدى النفقتين فصحت المخالعة عليها كنفقة الصبي. الشرح الكبير(٤/٣٨٥).

[فائدتان] العوض في الخلع كالعوض في البيع والصداق إن كان مكيلا أو موزونا لم يدخل في ضمان الزوج ولم يملك التصرف فيه إلا بقبضه وإن كان غيرهما دخل في ضمانه بمجرد الخلع وصح تصرفه فيه قال أحمد في امرأة قالت لزوجها اجعل أمري بيدي ولك هذا العبد ففعل ثم خيرت فاختارت نفسها بعدما مات العبد. جائز وليس عليها شيء. قال ولو أعتقت العبد ثم اختارت نفسها لم يصح عتقها. المبدع(٦/٢٧٩).

(الثانية) لا يحصل الخلع بمجرد بذل المال وقبوله من غير لفظ الزوج فلابد من الإيجاب والقبول في المجلس قال القاضي هذا الذي عليه شيوخنا البغداديون. وذهب أبو حفص العكبرى وابن شهاب إلى وقوع الفرقة بقبول الزوج العوض. الإنصاف(٨/٣٩٨).

فصل

ويصح الخلع بالمجهول[1] وقال أبو بكر لا يصح والتفريع على الأول فإذا خالعها على ما في يدها من الدراهم أو ما في بيتها من المتاع فله ما فيها[2] فإن لم يكن فيها شيء فله ثلاثة دراهم وأقل ما يسمى متاعًا، وقال القاضي: يرجع عليها بصداقها في مسألة المتاع وإن خالعها على حمل أمتها أو ما تحمل شجرتها فله ذلك[3] فإن لم يحملا فقال أحمد ترضيه بشيء وقال القاضي لا شيء له وإن خالعها على عبد فله أقل ما يسمى عبدًا[4]، وإن قال: إن أعطيتني عبدًا فأنت طالق طلقت بأي عبد أعطته طلاقًا بائنًا وملك العبد نص عليه[5]، وقال القاضي

---

(١) قوله: «ويصح الخلع بالمجهول» هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب لأن الطلاق معنى يجوز تعليقه بالشرط فجاز بالمجهول كالوصية. وقال أبو بكر لا يجوز وهو قياس قول أحمد وجزم به أبو محمد الجوزي لأنه معاوضة فلم يصح بالمجهول كالبيع. المبدع (٢٧٩/٦) ، الإنصاف (٤٠٤/٨).

على قوله: «بالمجهول» والمعدوم.

(٢) قوله: «فإذا خالعها إلخ» إن كان في يدها شيء من الدراهم فهي له لا يستحق غيرها ولو كان دون ثلاثة دراهم وهو المذهب لأن ذلك هو المخالع عليه وجهالته لا تضر، وقيل يستحق ثلاثة دراهم كاملة، وإن لم يكن في يدها شيء فجزم المصنف هنا بأن له ثلاثة دراهم وجزم به غيره ونص عليه، وأما إذا لم يكن في يدها متاع فله أقل ما يسمى متاعًا وهو المذهب لأن ذلك أقل ما يقع عليه اسم الدراهم والمتاع حقيقة. المبدع (٢٧٩/٦-٢٨٠).

على قوله: «وقال القاضي يرجع عليها بصداقها في مسألة المتاع» لأنها فوتت عليه البضع ولا يحصل له العوض لجهالته فوجب عليها قيمة ما فوتت عليه وهو الصداق. المبدع(٢٨٠/٦).

(٣) قوله: «وإن خالعها على ما تحمل إلخ» ما قدمه المصنف هو المذهب لأن الحمل هو المخالع عليه ولو كان معدومًا إذ لا أثر له فإن لم تحملا أرضته بشيء لئلا يخلو الخلع عن عوض. المبدع (٢٨٠/٦).

على قوله: «وقال القاضي لا شيء له» لأنه رضي بالحمل ولا حمل وتأول قول أحمد على الاستحباب لأنه لو كان واجبًا لقدره بتقدير يرجع إليه. انظر المبدع (٢٨٠/٦).

(٤) قوله: «وإن خالعها على عبد إلخ» هذا الصحيح من المذهب نص عليه لأنه خالعها على مسمى مجهول فكان له أقل ما يقع عليه الاسم وقيل يجب مهرها وقال القاضي يلزمها عبد وسط. المبدع (٢٨١/٦).

(٥) قوله: «وإن قال إن أعطيتني عبدًا إلخ» الصحيح من المذهب أنها تطلق بأي عبد =

يلزمها عبد وسط فيهما، وإن قال: إن أعطيتني هذا العبد فأنت طالق فأعطته إياه طلقت[1] فإن خرج معيبًا فلا شيء له وإن خرج مغصوبًا لم يقع الطلاق[2] وعنه يقع وله قيمته وكذلك في التي قبلها وإن قال: إن أعطيتني ثوبًا هرويًا فأنت طالق فأعطته مرويًا لم تطلق[3] وإن خالعته على هروي بأن قالت: اخلعني على هذا

= أعطته يصح تمليكه نص عليه لأن الشرط عطية عبد وقد وجد ويقع الطلاق بائنًا لأنه على عوض أو يملك العبد لأنه عوض خروج البضع. المبدع (٦/٢٨١).

[فائدتان] لو أعطته مديرًا أو معلقًا عتقه بصفة وقع الطلاق قاله في المغني والشرح وغيرهما. المبدع (٦/٢٨١).

(الثانية) لو بان مغصوبًا أو حرًا أو مكاتبًا لم تطلق كتعليقه على هروى فتعطيه مرويًا قاله في الفروع وهو الصحيح لأن العطية إنما تتناول ما يصح تمليكه وكذا لو بان مرهونًا، وعنه يقع الطلاق وله قيمته. الإنصاف (٦/٤٠٧).

على قوله: «وإن قال إن أعطيتني عبدًا» أو بعيرًا أو بقرة أو شاة أو غير ذلك من المبهمات. الشرح الكبير (٤/٣٨٨).

على قوله: «وسط فيهما» أي كالصداق وتأول كلام أحمد على قوله إن أعطيته معيبًا أو دون الوسط فله رده وأخذ بدله. المبدع (٦/٢٨١).

(١) قوله: «وإن قال إن أعطيتني هذا العبد إلخ» وهذا المذهب نص عليه واختاره المصنف والشارح وأبو الخطاب وغيرهم لتحقق وجود الشرط وتقع بائنًا.

(٢) قوله: «وإن خرج مغصوبًا إلخ» وهذا المذهب لأن العطية إنما تتناول ما يصح تمليكه، وما لا يصح تمليكه لا يكون عطية. المبدع (٦/٢٨١).

[فائدة] إذا خالعها على عبد موصوف في الذمة فأعطته إياه معيبًا بانت وله طلب عبد سليم بتلك الصفة وإن أعطته قيمته لزمه قبولها. انظر المبدع (٦/٢٨٢).

(٣) قوله: «وإن قال إن أعطيتني ثوبًا إلخ» أي بلا نزاع لأن الصفة التي علق عليها الطلاق لم توجد، وإن خالعته على مروى في الذمة فأتته بهروى صح وخير وإن خالعها على ثوب على أنه قطن فبان كتانًا رده ولم يكن له إمساكه لأنه جنس آخر وكل موضع علق طلاقها على عطيتها إياه فمتى أعطته على صفة يمكنه القبض وقع الطلاق سواء قبضه منها أو لا. فإن هرب الزوج أو غاب قبل عطيتها أو قالت يضمنه لك زيد أو اجعله قصاصًا بمالي عليك أو أحالته به لم يقع الطلاق. وكذلك كل موضع تعذر العطية فيه سواء كان التعذر من جهتها أو جهته أو جهة غيرهما لانتفاء الشرط. ولو قالت طلقني بألف فطلقها استحق الألف وبانت وإن لم تقبض نص عليه لأن هذا ليس تعليقًا على شرط بخلاف الأول. وإذا تخالعا على حكم أحدهما أو غيرهما أو بمثل ما خالع به زيد زوجته صح بالمسمى. المبدع (٦/٢٨٢)، الإنصاف (٨/٤٠٩).

على قوله: «وإن خالعته على هروى» بأن قالت اخلعني على هذا الثوب الهروى. الإنصاف (٨/٤٠٩).

الثوب الهروي فبان مرويًا فله الخيار بين رده وإمساكه، وعند أبي الخطاب ليس له غيره إن وقع الخلع على عينه.

فصل

إذا قال: إن أعطيتني أو إذا أعطيتني أو متى أعطيتني ألفًا فأنت طالق كان على التراخي أي وقت أعطته ألفًا طلقت[1].

وإن قالت له اخلعني بألف أو وعلى ألف أو طلقني بألف أو على ألف ففعل بانت واستحق الألف[2]. وإن قالت طلقني واحدة بألف فطلقها ثلاثًا

(١) قوله: «إذا قال إن أعطيتني إلخ» تعليق الطلاق على شرط العطية والضمان أو التمالك لازم في حق الزوج لزومًا لا سبيل إلى دفعه ويقع الطلاق بائنًا بوجود الشرط سواء كانت العطية على الفور أو التراخي وهذا المذهب وعليه الأصحاب. وقال الشيخ تقي الدين: ليس بلازم من جهته كالكتابة عنده ووافق على شرط محض كإن قدم زيد فأنت طالق. وقال في التعليق الذي يقصد به إيقاع الجزاء: إن كان معاوضة فهو معاوضة ثم إن كانت لازمة فلازم وإلا فلا يلزم الخلع قبل القبول ولا الكتابة، وقول من قال التعليق لازم دعوى مجردة ويأتي إن شاء الله في أوائل تعليق الطلاق بالشروط وقال الشافعي إذا قال متى أعطيتني أو أي حين أو أي زمان أعطيتني فأنت طالق كان على التراخي وإن قال إن أعطيتني أو إذا أعطيتني ألفًا فأنت طالق كان على الفور، فإن أعطته جوابًا لكلامه وقع الطلاق، وإن تأخر الإعطاء لم يقع؛ لأن قبول المعاوضات على الفور فإذا لم يوجد منه تصريح بخلافه وجب حمل ذلك على المعاوضات، بخلاف متى وأي فإن فيهما تصريحًا بالتراخي، وأما إن وإذا فإنهما يحتملان الفور والتراخي فإذا تعلق بهما العوض حملا على الفور. ولنا أنه علق الطلاق بشرط الإعطاء فكان على التراخي كسائر التعليق. الشرح الكبير (٤/٣٩٠).

[تنبيه] مراده بقوله: «أي وقت أعطته ألفًا طلقت» بحين يمكنه قبضه ومراده أن تكون الألف وازنة بإحضاره ولو كانت ناقصة في العدد وإذنها في قبضه وملكه وقيل يكفي عدد يتفق برأسه بلا وزن لحصول المقصد فلا يكفي وازنة ناقصة عددًا. قال في الإنصاف وهذا العرف في زمننا وغيره. الإنصاف (٨/٤١١).

(٢) قوله: «وإن قالت له اخلعني إلخ» وكذا لو قالت ولك ألف إن طلقتني أو خالعتني أو إن طلقتني فلك على ألف ففعل بانت وهذا المذهب مطلقًا وعليه جماهير الأصحاب لأن الباء للمقابلة وعلى في معناها. المبدع (٦/٢٨٤).

[فوائد]: (الأولى) يشترط في ذلك أن يجيبها على الفور على الصحيح من المذهب وهو ظاهر كلام المصنف بقوله ففعل، وقيده بالمجلس في المحرر وغيره. الإنصاف (٨/٤١٢).

(الثانية) لها أن ترجع قبل أن يجيبها قاله في المحرر وغيره. الإنصاف (٨/٤١٢).

(الثالثة) لا يصح تعليقه بقوله إن بذلت لي كذا فقد خلعتك قاله في الفروع قال الشيخ =

«علـــى هروي فبان مرويًا» الهروي: منسوب إلى هراة: كورة من كور العجم، تكلمت بها العرب، ومرْوي: بسكون الراء منسوب إلى مرو، وهو بلد، والنسبة إليه مروزي على غير قياس، وثوب مروي على القياس.

= تقي الدين وقولها إن طلقتني فلك كذا أو أنت بريء منه كإن طلقتني فلك علي ألف وأولى وليس فيه النزاع في تعليق البراءة بشرط، أما لو التزم دينًا لا على وجه المعارضة كإن تزوجت فلك في ذمتي ألف أو جعلت لك في ذمتي ألفًا لم يلزمه عند الجمهور. الإنصاف (٨/٤١٣).

(الرابعة) لو قالت طلقني بألف إلى شهر فطلقها قبله فلا شيء لها نص عليه، وإن قالت من الآن إلى شهر فطلقها قبله استحقه على الصحيح من المذهب. الإنصاف (٨/٤١٤).

(الخامسة) لو قالت طلقني بألف فقال خلعتك فإن قلنا هو طلاق استحقه وإلا لم يصح هذا هو الصحيح من المذهب وقيل هو خلع بلا عوض وقال في الروضة يصح وله العوض لأن القصد أن تملك نفسها بالطلقة وقد حصل بالخلع وعكس المسألة بأن قالت اخلعني بألف فقال طلقتك يستحقها إن قلنا هو طلاق وإلا فوجهان أحدهما لا يستحق شيئًا قال في الإنصاف وهو الصواب فإن لم يستحق ففي وقوعه رجعيًا احتمالان، قال في الإنصاف: والصواب أنه يقع رجعيًا على القول الآخر لا يقع شيئًا. انظر الإنصاف (٨/٤١٤).

(١) قوله: «وإن قالت طلقني واحدة إلخ» هذا المذهب مطلقًا وعليه جماهير الأصحاب لأنه حصل لها ما طلبته وزيادة. المبدع (٦/٢٨٤).

[فائدة] لو قالت طلقني واحدة بألف فقال أنت طالق وطالق وطالق بانت بالأولى على الصحيح من المذهب فيعايا بها وقيل تطلق ثالثًا قال في الإنصاف وهو موافق لقواعد المذهب والأول مشكل عليه، فعلى المذهب لو ذكر الألف عقيب الثانية بانت بها والأولى رجعية ولغت الثالثة. الإنصاف (٨/٤١٥).

على قوله: «وإن قالت طلقني واحدة بألف» أو علي ألف أو لك ألف. المبدع (٦/٢٨٤).

على قوله: «فطلقها ثلاثًا» أو اثنتين. المبدع (٦/٢٨٤).

(٢) قوله: «وإن قالت طلقني إلخ» يعني ووقع رجعيًا هذا الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب هو من مفردات المذهب لأنها إنما بذلتها في مقابلة الثلاث ولم تحصل وصار كما لو قال يعني عبديك بألف فقال بعتك أحدهما بنصفها. وهنا غرضها يتعلق ببينونة كبرى ولم تحصل. الإنصاف (٨/٤١٦).

ويحتمل أن يستحق ثلث الألف[1] وإن لم يكن بقي من طلاقها إلا واحدة استحق الألف علمت أو لم تعلم[2] ويحتمل أن لا يستحق إلا ثلثه إذا لم تعلم وإن كان له امرأتان مكلفة وغير مكلفة فقال أنتما طالقتان بألف إن شئتما فقالتا قد شئنا لزم المكلفة نصف الألف وطلقت بائنًا ووقع الطلاق بالأخرى رجعيًا ولا شيء عليها[3] وإن قال لامرأته أنت طالق وعليك ألف طلقت ولا شيء عليها[4] وإن قال على ألف أو بألف

---

(١) قوله: «ويحتمل إلخ» وهذا قول أبي حنيفة وصاحبه ومالك والشافعي كما لو قال من رد عبيدي الثلاثة فله ألف فعلى هذا يقع الطلاق بائنًا وعلى الأول يقع رجعيًا إذا كان في يده الثلاث. الشرح الكبير (٣٩٢/٤).

(٢) قوله: «وإن لم يكن إلخ» وهذا المذهب وعليه الأصحاب لأن الواحدة التي فعلها كملت الثلاث وحصلت ما يحصل من الثلاث من البينونة وهذا منصوص الشافعي. انظر الشرح الكبير (٣٩٢/٤).

(٣) قوله: «وإن كان له امرأتان إلخ» الصحيح من المذهب أنه يلزمها نصف الألف ويقع عليها الطلاق وتبين وعند ابن حامد يقسط بقدر مهريهما ذكره في المغني والشرح ظاهر المذهب. وأما غير المكلفة فتطلق رجعيًا مجانًا على المذهب فإن بذلها للعوض غير صحيح، وعنه لا مشيئة لها، فعلى هذا لا تطلق واحدة منهما كما لو كانت غير مميزة. وكذا المحجور عليها للسفه حكمها حكم غير المكلفة لأن لها مشيئة وتصرفها في المال غير صحيح فأما إن كانت مجنونة أو صغيرة أي غير مميزة لم تصح المشيئة منهما ولم يقع الطلاق على واحدة منهما فإن كانا رشيدتين وقع بهما الطلاق بائنًا فإن قبلته إحداهما لم تطلق واحدة منهما ذكره في المغني والشرح لأنه جعل مشيئتها شرطًا في طلاق كل واحدة منهما والأصح أنها تطلق وحدها بقسطها من الألف قلت وهذا المذهب عند المتأخرين لأن العقد مع اثنين بمنزلة عقدين كالبيع فلو قال الزوج ما شئتما وإنما قلتما ذلك بألسنتكما أو قالتا ما شئنا بقلوبنا لم يقبل. المبدع (٢٨٥/٦-٢٨٦) الإنصاف (٤١٦/٨).

[فائدة] لو قالت له زوجتان طلقنا بألف فطلق إحداهما بانت بقسطها من الألف قال في شرح المنتهى فيقسط على مهر مثلها ولو قالته إحداهما فطلاقه رجعي لا شيء له سواء كانت المطلقة هي السائلة أو ضرتها لأن الألف جعلت في مقابلة طلاقهما وبطلاق واحدة منهما لم يحصل المطلوب. الإنصاف (٤١٧/٨).

على قوله: «وغير مكلفة» يعني وكانت مخيرة.

(٤) قوله: «وإن قال لامرأته أنت طالق إلخ» يعني أن ذلك ليس بشرط ولا كالشرط على الصحيح من المذهب لأنه لم يجعل الألف عوضا للطلقة ولا شرطا فيها وإنما عطفه=

فكذلك [1] ويحتمل أن لا تطلق حتى تختار فيلزمها الألف[2].

فصل

وإذا خالعته في مرض موتها فله الأقل من المسمى أو من ميراثه[3] وإن طلقها في مرض موته وأوصى لها بأكثر لم تستحق أكثر من ميراثها[4] وإن خالعها في

= على الطلاق الذي أوقعه لكن إذا قبلت فتارة تقبل في المجلس وتارة لا تقبل فإن قبلت في المجلس بانت منه واستحقه وله الرجوع قبل قبولها على الصحيح من المذهب وجعله المصنف في المغني كأن أعطيتني ألفًا فأنت طالق كما تقدم قريبًا وإن لم تقبل في المجلس الصحيح من المذهب أنها تطلق مجانًا رجعيًا ولا شيء عليها نص عليه وقيل لا تطلق حتى تختار ذكره في الرعايتين قال في الإنصاف ولم أره في غيرهما. انظر/ المبدع (٢٨٦/٦)، الإنصاف (٤١٧/٨-٤١٨).

(١) قوله: ((وإن قال على الألف إلخ)) حكم هذه المسألة حكم المسألة التي قبلها سواء على المذهب ولا ينقلب الطلاق الرجعي بائنًا ببذلها الألف في المجلس في الصور الثلاث بعد عدم قبولها على الصحيح من المذهب. المبدع (٢٨٦/٦).

(٢) على قوله: ((فيلزمها الألف)) وهذا اختيار ابن عقيل وقال القاضي في موضع تطلق إلا إذا قال بألف فلا تطلق حتى تختار واختاره الشارح، ونقل المصنف في المغني وابن منجا عن القاضي أنه قال: لا تطلق في قوله على ألف حتى تختار لأن تقديره إن ضمنت لي ألفًا، لأن ((على)) تستعمل للشرط بدليل قوله تعالى: ﴿ إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنۡ أُنكِحَكَ﴾ الآية. انظر/ الإنصاف (٤١٩/٨)، المبدع (٢٨٦/٦-٢٨٧).

(٣) قوله: ((فله الأقل إلخ)) هذا المذهب وهو قول الثوري وإسحاق لأن ذلك لا تهمة فيه فإنه إن وقع بأكثر من الميراث تطرقت إليه التهمة من قصد إيصالها شيئًا من مالها بغير عوض على وجه لم يكن قادرًا عليه وإن وقع بأقل فالباقي هو أسقط حقه منه. وقال أبو حنيفة: له العوض كله فإن حابته فمن الثلث لأنه ليس بوارث لها، وعن مالك كالمذهبين وقال الشافعي إذا خالعت بمهر مثلها جاز وإن زاد فالزيادة من الثلث. الشرح الكبير (٣٩٦/٤).

(٤) قوله: ((وإن طلقها في مرض إلخ)) أي للورثة منعها من ذلك لأنه اتهم في أنه قصد إيصال ذلك إليها كالوصية لوارث وإن أوصى لها بميراثها أو أقل صح لأنه لا تهمة في ذلك. المبدع (٢٨٧/٦-٢٨٨).

على قوله: ((فهو من رأس المال)) مثل أن يكون قادرًا على خلعها بشيء فيخالعها بدونه لم يحسب ما حاباها من الثلث في مرض موته لأنه لو طلق بغير عوض لصح فلأن يصح بعوض أولى. المبدع (٢٨٨/٦).

على قوله: ((فما زاد)) بلا نزاع. انظر الإنصاف (٤٢٠/٨).

مرضه وحاباها فهو من رأس المال وإذا وكل الزوج في خلع امرأته مطلقًا فخالع بمهرها فما زاد صح، وإن نقص عن المهر رجع على الوكيل بالنقص[1] ويحتمل أن يخير بين قبوله ناقصًا وبين رده وله الرجعة وإن عين له العوض فنقص منه لم يصح الخلع عند ابن حامد[2] وصح عند أبي بكر ويرجع على الوكيل بالنقص وإن وكلت المرأة في ذلك فخالع بمهرها فما دون أو بما عينته فما دون صح[3] وإن زاد لم ....

«**حاباها**» تقدم في الحجر والشركة.

«**فهو من رأس المال**» المراد: أنه حاباها في نفس الخلع، مثل أن سألته الخلع على ألف، فخلعها على مائة، فهذه المحاباة غير معتبرة من الثلث، لأن له أن يطلقها بغير عوض، فبالعوض اليسير بطريق الأولى، ولا يصح حمل هذه العبارة على أنه خالعها وحاباها في شيء آخر. مثل أن خالعها، ثم باعها ما قيمته ألف بخمسمائة لوجهين:

أحدهما: أن المحاباة مع الأجنبي، من الثلث، لأن من رأس المال، والمخالفة: قصاراها أن يكون كالأجنبي.

والثاني: أنهم قد أفردوا هذه المسألة، فقالوا: وإن طلقها في مرض موته، أو وصى لها بأكثر من ميراثها، لم تستحق أكثر من ميراثها، ومحاباتها في البيع في معنى الوصية، والله أعلم.

---

(١) قوله: «وإن نقص إلخ» أي ويصح الخلع وهذا المذهب وأحد الأقوال لأنه عقد معاوضة أشبه البيع، وقيل لا يصح الخلع وقدمه الناظم وصححه وإليه ميل المصنف والشارح وهو قول ابن حامد والقاضي وهو مذهب الشافعي. الشرح الكبير (٣٩٨/٤ - ٣٩٩).

على قوله: «ويحتمل أن يخير بين قبوله ناقصًا» لأن الحق له فإذا رضي بدونه وجب أن يصح. المبدع (٢٨٨/٦).

على قوله: «وله الرجعة» لأن الطلاق قد وقع والعوض مردود. المبدع (٢٨٨/٦).

(٢) قوله: «لم يصح عند ابن حامد» وهذا المذهب لأنه خالف موكله. المبدع (٢٨٨/٦).

(٣) قوله: «وإن وكلت المرأة إلخ» هذا بلا نزاع. الإنصاف (٤٢٢/٨).

يصح[1]، ويحتمل أن يصح وتبطل الزيادة، وإذا تخالعا تراجعا بما بينهما من الحقوق[2]، وعنه أنها تسقط.

فصل

وإذا قال خالعتك بألف فأنكرت أو قالت إنما خالعت غيري بانت والقول قولها مع يمينها في العوض، وإن قالت نعم لكن ضمنه غيري لزمها الألف[3] وإن اختلفا في قدر العوض أو عينه أو تأجيله فالقول قولها مع يمينها[4] ويتخرج أن

«**بمهرها فما دون أو بما عينته فما دون**» «**دون**» في الموضعين: مبني على الضم لنيَّة الإضافة.

---

(١) قوله: «وإن زاد إلخ» هذا أحد الأقوال وجعله ابن منجا في شرحه المذهب وصححه الناظم، وقيل يصح ويلزم الوكيل الزيادة وهو المذهب. المبدع (٦/٢٨٩).

[فائدتان] إحداهما لو خالف وكيل الزوج أو الزوجة جنسًا أو حلولاً أو نقد بلد فقيل حكمه حكم غيره في الخلاف المتقدم، وقيل لا يصح الخلع مطلقًا، قال المصنف والشارح: القياس أنه لا يصح هنا. الإنصاف (٨/٤٢٢-٤٢٣).

(الثانية) يصح التوكيل في الخلع لكلٍ من يصح تصرفه في الخلع لنفسه كالعبد والأنثى والكافر والمحجور عليه لا نعلم فيه خلافا، ويجوز التوكيل من غير تقدير عوض كالبيع والنكاح.

(٢) قوله: «وإذا تخالعا تراجعا إلخ» يعني حقوق النكاح وهذا المذهب وعليه الأصحاب لأنه أحد نوعي الخلع فلم يسقط به شيء كالطلاق، وعنه تسقط بالسكوت عنها لأن الخلع يقتضي انخلاع كل واحد من صاحبه، واستثنى الأصحاب على هذه الرواية نفقة العدة وبقية ما خولع ببعضه، وهذا الخلاف في حقوق النكاح أما الديون ونحوها فإنها لا تسقط قولاً واحدًا. انظر المبدع (٦/٢٨٩).

[فائدة] مفهوم قوله وإن تخالعا أنهما لو تطالقا تراجعا بجميع الحقوق قولاً واحد وهو صحيح. الإنصاف (٨/٤٢٣).

على قوله: «بانت» أي بإقراره. الإنصاف (٨/٢٨٩).

على قوله: «في العوض» لأنها منكرة لبذله. المبدع (٦/٢٩٠).

(٣) قوله: «وإن قالت نعم إلخ» أي لأنها أقرت بها ولا يلزم الغير شيء إلا أن يقر به فإن ادعته المرأة وأنكره الزوج قبل قوله ولا شيء عليها لأنه لا يدعيه، وإن قالت سألتك طلاقًا ثلاثًا بألف فأجبت فقال بل طلقة فأجبت قبل قوله وبانت بألف.المبدع(٦/٢٩٠).

(٤) قوله: «وإن اختلفا في قدر العوض إلخ» أو صفته وهذا المذهب وعليه أكثر الأصحاب ونص عليه لأنه يقبل قولها في أصله فكذا في قدره وصفته ولا ينكر الزائد والحلول والقول قول المنكر مع يمينه. المبدع (٦/٢٩٠).

القول قول الزوج ويحتمل أن يتحالفا ويرجعا إلى المهر المسمى أو المهر المثل إن لم يكن مسمى. وإن علق طلاقها بصفة ثم خالعها فوجدت الصفة ثم عاد فتزوجها فوجدت الصفة طلقت نص عليه[1] ويتخرج أن لا تطلق بناء على الرواية في العتق واختاره أبو الحسن التميمي، وإن لم توجد الصفة حال البينونة عادت رواية واحدة[2].

---

(١) قوله: «وإن علق طلاقها بصفة إلخ» وكذا لو أبانها بثلاث أو دونها فوجدت الصفة ثم عاد فتزوجها وهذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب لأن عقد الصفة ووقوعها وجدا في النكاح فوقع الطلاق كما لو لم يتخلله بينونة لا يقال الصفة انحلت بفعلها حال البينونة ضرورة أن لا تقتضي التكرار لأنها إنما تنحل على وجه يحنث به لأن اليمين حل وعقد والعقد يفتقر إلى الملك فكذا الحل والحنث لا يحصل بفعل الصفة حال البينونة ولا تنحل اليمين به وعن أحمد ما يدل على أنها لا تطلق نص عليه في العتق في رجل قال لعبده أنت حر إن دخلت الدار فباعه ثم رجع يعني فاشتراه فإن رجع وقد دخل الدار لم يعتق وإن لم يكن دخل فلا يدخل فإذا نص عليه في العتق وجب أن يكون الطلاق مثله بل أولى لأن العتق يتشوف الشارع إليه وأكثر أهل العلم يرون أن الصفة لا تعود إذا أبانها بطلاق ثلاث وإن لم توجد الصفة حال البينونة هذا مذهب مالك وأبي حنيفة وأحد أقوال الشافعي قال ابن المنذر أجمع كل من تحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا قال لزوجته إن دخلت الدار فأنت طالق ثالثًا فطلقها ثلاثًا ثم نكحت غيره ثم نكحها الحالف ثم دخلت الدار أنه لا يقع عليها الطلاق وهذا على مذهب مالك والشافعي وأصحاب الرأي لأن طلاق ذلك الملك انقضى فإن أبانها دون الثلاث فوجدت الصفة ثم تزوجها انحلت يمينه في قولهم، وإن لم توجد الصفة في البينونة ثم نكحها لم تنحل في قول مالك وأصحاب الرأي. انظر الشرح الكبير (٤/ ٤٠١-٤٠٢)، المبدع (٦/٢٩٠).

على قوله: «طلقت نص عليه» وكذا الحكم لو قال إن بنت مني ثم تزوجتك فأنت طالق فبانت ثم تزوجها.

(٢) قوله: «وإن لم توجد الصفة إلخ» لأن اليمين لم تنحل لكون الصفة في حال البينونة لم توجد فإذا وجدت الصفة بعد التزويج وجب أن تعمل عملها وذكر الشيخ تقي الدين رواية أن الصفة لا تعود مطلقًا يعني سواء وجبت حال البينونة أو لا قال في الإنصاف وهو الصحيح في منهاج الشافعية. المغني (٨/٢٣١).

[فائدة] يحرم الخلع حيلة لإسقاط يمين طلاق ولا يقع على الصحيح من المذهب قال في المغني هذا يفعل حيلة على إبطال الطلاق المعلق والحيل خداع لا تحل ما حرم الله قال الشيخ تقي الدين خلع الحيلة لا يصح على الأصح كما لا يصح نكاح المحلل لأنه=

كتاب الطلاق

وهو حل قيد النكاح، ويباح عند الحاجة إليه ويكره من غير حاجة، وعنه أنه يحرم، ويستحب إذا كان بقاء النكاح ضررًا ويصح من الزوج العاقل البالغ المختار ويصح من الصبي العاقل(١) وعنه لا يصح حتى يبلغ ومن زال عقله لسبب

«**حـــال البينونة**» البينونة: مصدر بان يبين بينًا وبينونة: إذا ذهب وزال، فحال الفراق حال بينونة، والله أعلم.

كتاب الطلاق

الطلاق: مصدر طلقت المرأة: بانت من زوجها، وأصل الطلاق في اللغة: التخلية،

= ليس المقصود منه الفرقة وإنما يقصد منه بقاء المرأة مع زوجها كما في نكاح المحلل قال في الرعايتين والحاوي الصغير: ويحرم الخلع حيلة ويقع في أصح الوجهين قال في الإنصاف: وغالب الناس واقع في هذه المسألة ويستعملها في هذه الأزمنة ففي هذا القول فرج لهم. انتهى. المبدع (٢٩١/٦)، الإنصاف (٤٢٥/٨).

[فائدة] لو اعتقد البينونة بذلك أي بخلع الحيلة ثم فعل ما حلف عليه فكطلاق وأجنبية أي فكما لو قال لمن ظنها أجنبية أنت طالق فبانت امرأته فتبين امرأته على ما يأتي في آخر باب الشك في الطلاق ذكره الشيخ تقي الدين، ولو خالع حيلة وفعل المحلوف عليه بعد الخلع معتقدًا زوال النكاح ولم يكن الأمر كذلك لعدم صحة الخلع حيلة فهو كما لو حلف على شيء يظنه فبان بخلاف ظنه فيحنث في طلاق وعتاق. انظر الإنصاف (٤٢٦/٨).

(١) قوله: «ويصح من الصبي إلخ» إن لم يعقل الصبي فلا طلاق له بغير خلاف، وأما الذي يعقل الطلاق ويعلم أن زوجته تبين منه وتحرم عليه فأكثر الروايات عن أحمد أن طلاقه يقع وهو الصحيح من المذهب، وروى نحوه عن سعيد بن المسيب وعطاء والحسن والشعبي وإسحاق. وعنه لا يصح حتى يبلغ، وهو وقول النخعي والزهري ومالك وحماد والثوري وأبي عبيد، وذكر أنه قول أهل العراق وأهل الحجاز لقوله ﷺ «رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم» لأنه غير مكلف فلم يقع طلاقه كالمجنون، ولنا قوله ﷺ «الطلاق لمن أخذ بالساق» وقال «على كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه» وذكره البخاري، ورواه الترمذي والدارقطني مرفوعًا بإسناد فيه ضعف، وعنه يصح من ابن عشر، وعنه يصح من ابن اثنتي عشرة سنة. الشرح الكبير (٤٠٤/٤).

على قوله: «ويصح من الصبي العاقل» ومن السفيه في قول أكثر أهل العلم منهم القاسم بن محمد ومالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه، ومنع منه عطاء. الشرح الكبير (٤/ ٤٠٤-٤٠٥).

يعذر فيه كالنائم والمجنون والمغمى عليه والمبرسم لم يقع طلاقه[1] وإن زال لسبب

يقال: طلقت الناقة: إذا سرحت حيث شاءت، وحبس فلان في السجن طلقًا بغير قيد، وفرس طلق إحدى القوائم: إذا كانت إحدى قوائمها غير محجلة، والإطلاق: الإرسال[2]، فالطلاق شرعًا: حل قيد النكاح[3]، وهو راجع إلى معناه لغة، لأن من حل قيد نكاحها، فقد خليت. ويقال: طلقت المرأة وطلقت، بفتح اللام وضمها، تطلق بضم اللام وفتحها، طلاقاً وطلقة، وجمعها: طلَقات، بفتح اللام لا غير، فهي طالق، وطلقها زوجها، فهي مطلقة. والطلاق خمسة أقسام: واجب، وهو طلاق المؤلي بعد المدة والامتناع عن الفيأة. ومكروه، إذا كان لغير حاجة على الصحيح. ومباح: وذلك عند ضرورة. ومستحب: وذلك عند تضرر المرأة بالمقام، لبغض أو غيره، أو كونها مفرطة في حقوق الله تعالى، أو غير عفيفة، وعنه يجب فيهما. وحرام، وهو طلاق المدخول بها حائضًا.

«**المختار**» هو غير المكره، وهو اسم فاعل من اختار ويقع على المفعول أيضاً، يقال: اخترت الشيء فهو مختار، ويفرق بينهما بالقرائن.

«**والمبرسم**»: تقدم في باب الهبة.

---

(١) قوله: «ومن زال عقله بسبب يعذر فيه إلخ» أجمع أهل العلم على أن الزائل العقل بغير سكر أو ما في معناه لا يقع طلاقه كذلك قال عثمان وعلي وسعيد بن المسيب والحسن والنخعي والشعبي وأبو قتادة وأبو قلابة والزهري ويحيى الأنصاري ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي، وأجمعوا على أن الرجل إذا طلق في حال نومه أنه لا طلاق له وقد ثبت أنه ﷺ قال رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق لكن لو ذكر المغمى عليه والمجنون لما أفاقا أنهما طلقا وقع الطلاق نص عليه قال في الفروع ويدخل في كلامهم من غضب حتى أغمى عليه أو غشي عليه قال الشيخ تقي الدين يدخل بلا ريب، وقال الشيخ تقي الدين إن غيره الغضب ولم يزل عقله لم يقع الطلاق لأنه ألجأه وحمله عليه فأوقعه وهو يكرهه ليستريح منه فلم يبق له قصد صحيح فهو كالمكره ولهذا لا يجاب دعاؤه على نفسه وماله ولا يلزمه نذر الطاعة فيه. الشرح (٤/٥٠٤).

على قوله: «لم يقع طلاقه» وسواء زال بجنون أو إغماء أو شرب دواء أو أكره على شرب الخمر أو شرب ما يزيل عقله ولم يعلم أنه مزيل ولا نعلم فيه خلافًا. المبدع (٦/٢٩٤).

(٢) انظر/ لسان العرب [٣/٢٦٩٤].

(٣) انظر/ المغني [٧/٢٧٧] المبدع [٨/٣٩]. كشاف القناع للبهوتي [٥/٣٧٣].

لا يعذر فيه كالسكران ومن شرب ما يزيل عقله لغير حاجة ففي صحة طلاقه روايتان[1] وكذلك يخرج في قتله وقذفه وسرقته وزناه وظهاره وإيلائه ومن أكره على الطلاق بغير حق لم يقع طلاقه[2] وإن هدده بالقتل أو أخذ المال

---

(١) قوله: «وإن زال إلخ» إحداهما يقع وهو المذهب وهو مذهب سعيد بن المسيب وعطاء ومجاهد والحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي والحكم ومالك والأوزاعي والشافعي وابن شبرمة وأبي حنيفة وصاحبيه وسليمان بن حرب لقوله ﷺ «كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه» وقال معاوية «كل أحد طلق امرأته جائز إلا طلاق المجنون» رواه البيهقي بإسناد حسن قال ابن عباس «طلاق السكران جائز إن ركب معصية من معاصي الله نفعه ذلك» ولأن الصحابة جعلوه كالصاحي في الحد بالقذف قال علي بمحضر من عمر وغيره «نراه إذا سكر هذى وإذا هذى افترى وعلى المفتري ثمانون» رواه مالك بإسناد جيد ولأنه مكلف فوقع طلاقه كالصاحي بدليل القتل والقطع في السرقة. والثانية لا يقع اختاره أبو بكر وابن عقيل ومال إليه المصنف والشارح وابن رزين في شرحه واختاره الناظم والشيخ تقي الدين وجزم به في التسهيل، قال الزركشي: ولا يخفى أن أدلة هذه الرواية أظهر، وهو قول عثمان ومذهب عمر بن عبد العزيز والقاسم وطاوس وربيعة ويحيى الأنصاري والليث والعنبري وإسحاق وأبي ثور والمزني قال ابن المنذر هذا ثابت عن عثمان ولا نعلم أحدًا من الصحابة خالفه، وقال أحمد حديث عثمان أرفع شيء فيه وهو أصح يعني من حديث علي وحديث الأعمش منصور لا يرفعه إلى علي ولأنه زال العقل أشبه المجنون والنائم، ونقل الميموني كنت أقول يقع حتى تبينته، ونقل أبو طالب الذي لا يأمر بالطلاق إنما أتى خصلة واحدة والذي يأمر به أتى اثنتين، حرمها عليه وأباحها لغيره، فلذا قيل هي آخر الروايات. الشرح الكبير (٤/٤٠٥-٤٠٦).

[فائدة] حد السكران الذي ترتب عليه هذه الأحكام هو الذي يخلط في كلامه من قراءته أو يقسط تمييزه بين الأعيان، وقد أومأ إليه في رواية حنبل فقال: السكران الذي إذا وضع ثيابه في ثياب غيره فلم يعرفها ونعله في نعالهم فلم يعرفه وإذا هذى في أكثر كلامه وكان معروفًا بغير ذلك، ومحله إذا كان آثمًا في سكره فأما إن أكره فكالمجنون وهذا المذهب ولا تصح عبادة السكران قال الإمام أحمد: ولا تقبل صلاته أربعين يومًا حتى يتوب للخبر وقاله الشيخ تقي الدين. الإنصاف (٨/٤٣٦).

على قوله: «وكذلك يخرج في قتله وقذفه وسرقته وزناه وظهاره وإيلائه» اعلم أن في أقواله وأفعاله روايات صريحات إحداهن أنه مؤاخذ بهما فهو كالصاحي فيهما وهو المذهب. انظر المبدع (٦/٢٩٦).

(٢) قوله: «ومن أكره على الطلاق إلخ» هذا المذهب مطلقًا قال الشارح: لا تختلف=

ونحوه قادر يغلب على الظن وقوع ما هدده به فهو إكراه[1]،وعنه لا يكون مكرهًا حتى ينال بشيء من العذاب كالضرب والخنق وعصر الساق اختارها الخرقي، ويقع الطلاق في النكاح المختلف فيه كالنكاح بلا ولي عند

«**فإن هدده**» أي: خوفه، وكذلك تهدد.

«**والخنق**» الخَنِق:بفتح الخاء وكسر النون: مصدر خنقه: إذا عصر حلقه، وسكون النون لغة، والله أعلم.

= الرواية عن أحمد أن طلاق المكره لا يقع روى ذلك عن عمر وعلي وابن عمر وابن عباس وابن الزبير وجابر بن سمرة، وبه قال عبد الله بن عبيد بن عمير وعكرمة والحسن وجابر بن زيد وشريح وعطاء وطاوس وعمر بن عبد العزيز ومالك والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأبو عبيد وأجازه أبو قلابة والشعبي والنخعي والزهري والثوري وأبو حنيفة وصاحباه لأنه طلاق من مكلف ولنا قوله ﷺ «إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» رواه ابن ماجه والدارقطني قال عبد الحق إسناده متصل صحيح، وعن عائشة رضي الله عنها قالت سمعت رسول الله ﷺ «لا طلاق ولا عتاق في غلاق» رواه أبو داود وهذا لفظه وأحمد وابن ماجه ولفظهما في إغلاق وقال ابن عباس فيمن يكرهه اللصوص فطلق: ليس بشيء، ذكر البخاري. الشرح الكبير (٤/٤٠٦-٤٠٧)، المبدع (٦/٢٩٦-٢٩٧).

(١) قوله: «وإن هدده بالقتل إلخ» هذا المذهب لقول عمر في الذي تدلى يشتار عسلا فوقفت امرأته على الجبل وقالت طلقني ثلاثًا وإلا قطعته فذكرها الله والإسلام فقالت لتفعلن أو لأفعلن فطلقها ثلاثًا فرده إليها رواه سعيد، وهذا قول أكثر الفقهاء وبه يقول أبو حنيفة والشافعي. ويشترك للإكراه شروط: أحدها أن يكون قادرًا بسلطان أو تغلب كاللص ونحوه، الثاني أن يغلب على ظنه نزول الوعيد به مع عجزه عن دفعه وهربه واختفائه، الثالث أن يكون مما يستضر به ضررًا كبيرًا كالقتل والضرب الشديد والحبس والقيد الطويلين وأخذ المال الكثير و الإخراج من الديار. وينبغي للمكره أن يتأول فإن ترك التأويل بلا عذر لم يقع الطلاق على الصحيح من المذهب، فلو قصد إيقاع الطلاق دون دفع الإكراه وقع الطلاق على الصحيح من المذهب ويحتمل أن لا يقع. الشرح الكبير (٤/٤٠٧-٤٠٨)، المبدع (٦/٢٩٧-٢٩٨).

على قوله: «حتى ينال بشيء من العذاب» نص عليه في رواية الجماعة وقال كما فعل بأصحاب النبي ﷺ وكأنه يشير إلى قصة عمار. المبدع (٦/٢٩٨).

[فائدة] الإكراه على العتق واليمين ونحوهما كالإكراه على الطلاق على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب. انظر الإنصاف (٨/٤٤٢).

أصحابنا[1]، واختار أبو الخطاب أنه لا يقع حتى يعتقد صحته. وإذا وكل في الطلاق من يصح توكيله صح طلاقه[2] وله أن يطلق متى شاء إلا أن يحد له حدًا[3] ولا يطلق أكثر من واحدة إلا أن يجعل إليه[4] وإن وكل اثنين فيه فليس

---

(١) قوله: «ويقع الطلاق في النكاح إلخ» قال في الإنصاف ونص عليه أحمد وهو المذهب لأنه عقد يسقط الحد ويثبت للنسب والعدة والمهر أشبه الصحيح. المبدع (٦/٢٩٩).
[فوائد] حيث قلنا بالوقوع فيه فإنه يكون طلاقًا. قلت فيعايا بها. الإنصاف (٨/٤٤٣).
(الثانية) يجوز الطلاق في النكاح المختلف فيه في الحيض ولا يسمى طلاق بدعة فيعايا بها. الإنصاف (٨/٤٤٣).
(الثالثة) ظاهر كلام المصنف أنه لا يقع الطلاق في نكاح مجمع على بطلانه وهو صحيح وهو المذهب. الإنصاف (٨/٤٤٣).
(الرابعة) الصحيح من المذهب أنه لا يقع الطلاق في نكاح فضولي قبل إجازته وأنه يقع بعدها وعليه الأصحاب واختار الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى أن طلاق الفضولي كبيعه. الإنصاف (٨/٤٤٣).
(الخامسة) لا يجب الطلاق إذا أمره أبوه على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب وعنه يجب قال أبو بكر في التنبيه وعنه يجب بشرط أن يكون أبوه عدلاً وأما إذا أمرته أمه فنص الإمام أحمد لا يعجبني طلاقه ومنعه الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى منه ونص أحمد في منع السرية إن خفت على نفسك فليس لها ذلك وكذا نص فيما إذا منعاه من التزويج.

(٢) قوله: «وإذا وكل في الطلاق إلخ» أي لأنه إزالة ملك فصح التوكيل فيه كالعتق. وقوله: من يصح توكيله يحترز به عن الطفل والمجنون فلو وكل عبدًا أو كافرًا صح، وإن جعل أمر الصغيرة أو المجنونة في يدها لم تملكه نص عليه وظاهر كلام أحمد إذا عقلت الطلاق وقع وإن لم تبلغ كالصبي. المبدع (٦/٢٩٩).

(٣) قوله: «وله أن يطلق الخ» لأن لفظ التوكيل يقتضي ذلك لكونه توكيلاً مطلقًا أشبه التوكيل في البيع إلا أن يحد له حدًا أو يفسخ أو يطأ وهذا الصحيح من المذهب وقيل لا ينعزل بالوطء. المبدع (٦/٢٩٩).

(٤) قوله: «ولا يطلق أكثر الخ» لأن الأمر المطلق يتناول أقل ما يقع عليه الاسم إلا أن يجعل إليه أكثر من واحدة بلفظه أو نيته نص عليه، ويقبل قوله في نيته لأنه أعلم بها. المبدع (٦/ ٢٩٩).
[فائدة] لو وكله في ثلاث فطلق واحدة أو وكله في واحدة فطلق ثلاثًا طلقت واحدة بلا خلاف أعلمه ونص عليه. الإنصاف (٨/٤٤٤).

لأحدهما الانفراد به إلا بإذن[1] وإن وكلهما في ثلاث فطلق أحدهما أكثر من الآخر وقع ما اجتمعا عليه. وإن قال لامرأته طلقي نفسك فلها ذلك كالوكيل، وإن قال لها اختاري من ثلاث ما شئت لم يكن لها أن تختار أكثر من اثنتين.

باب سنة الطلاق وبدعته[2]

السنة في الطلاق أن يطلقها واحدة في طهر لم يصبها فيه ثم يدعها حتى تنقضي عدتها[3]. وإن طلق المدخول بها في حيضها أو طهر أصابها فيه فهو طلاق بدعة محرم ويقع[4].

---

(١) قوله: «وإن وكل اثنين إلخ» هذا بلا نزاع فإن وكلهما في ثلاث الخ أي فلو طلق أحدهما واحدة والآخر أكثر فواحدة نص عليه وعليه الأصحاب، ولو طلق اثنتين والآخر ثلاثًا وقع اثنتين وقال في الرعايا الكبرى فيه نظر انتهى لأنه إنما رضي بتصرفهما جميعًا وبهذا قال الحسن ومالك والثوري والشافعي وأبو عبيد وابن المنذر فإن أذن لأحدهما في الانفراد صح لأن الحق له. انظر الشرح الكبير (٤/٤٠٩).

(٢) طلاق السنة ما أذن فيه الشارع والبدعة ما نهى عنه. والأصل فيه قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ﴾ الآية قال ابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم طاهرًا من غير جماع، وحديث ابن عمر رضي الله عنهما لما طلق امرأته وهي حائض فقال النبي ﷺ لعمر رضي الله عنه «مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض وتطهر ثم إن شاء طلقها طاهرًا قبل أن يمس» وهو في الصحيحين. المبدع (٦/٣٠١).

(٣) قوله: «السنة أن يطلقها واحدة إلخ» وهذا بلا نزاع لما تقدم إلا في طهر متعقب لرجعة من طلاق في حيض فبدعة في ظاهر المذهب اختاره الأكثر ولو طلقها ثلاثًا في ثلاثة أطهار كان حكم ذلك جمع الثلاث في طهر واحد، قال أحمد رحمه الله تعالى طلاق السنة واحدة ثم يتركها حتى تحيض ثلاث حيض، وكذلك قال مالك والأوزاعي والشافعي وأبو عبيد، وقال أبو حنيفة والثوري السنة أن يطلقها ثلاثًا في كل قرء طلقة وهو قول سائر الكوفيين. الشرح الكبير (٤/٤١١).

(٤) قوله: «وإن طلق المدخول بها إلخ» الصحيح من المذهب أنه يقع لكنه محرم نص عليهما وهذا قول عامة أهل العلم قال ابن عبد البر وابن المنذر لأنه عليه الصلاة والسلام أمر ابن عمر رضي الله عنهما بالمراجعة وهي لا تكون إلا بعد وقوع الصلاة وفي لفظ للدارقطني قال: «قلت يا رسول الله أرأيت لو أني طلقتها ثلاثًا قال كانت تبين منك وتكون معصية» وذكر في الشرح هذا الحديث مع غيره وقال كلها أحاديث صحاح. وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى وتلميذه ابن القيم لا يقع الطلاق فيهما وهو قول ابن علية وهشام بن الحكم والشيعة لأن الله تعالى أمر به في قبل العدة فإذا =

ويستحب رجعتها[(1)]، وعنه أنها واجبة.

باب سنة الطلاق وبدعته

السنة: الطريقة والسيرة. فإذا أطلقت في الشرع، فإنما يراد بها ما أمر به النبي ﷺ ونهى عنه، وندب إليه مما لم ينطق به الكتاب العزيز، ولهذا يقال في أدلة الشرع: الكتاب، والسنة.

والبدعة: مما عمل على غير مثالٍ سابق، والبدعة: بدعتان، بدعة هدي، وبدعة ضلالة، والبدعة: منقسمة بانقسام أحكام التكليف الخمسة، وليس هذا موضع تفصيلها، وتعديدها. وقد فسر طلاق السنة وطلاق البدعة، فطلاق السنة: ما أذن فيه الرسول ﷺ، وطلاق البدعة: ما نهى عنه.

= طلق في غيره لم يقع. الشرح الكبير (٤/٤١١-٤١٢).

[فوائد] الأولى قال في المحرر وكذا الحكم لو طلقها في آخر طهر لم يصبها فيه يعني أنه طلاق بدعة ومحرم ويقع وتبعه شارحه وجماهير الأصحاب على أنه مباح والحالة هذه إلا على رواية أن القروء الأطهار واختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى أيضًا. الإنصاف (٨/٤٤٧-٤٤٨).

(الثانية) أكثر الأصحاب على أن العلة في منع الطلاق زمن الحيض لتطويل العدة. وخالفهم أبو الخطاب فقال لكونه في زمن رغبته عنها. الإنصاف (٨/٤٤٨).

(الثالثة) اختلف الأصحاب في الطلاق في الحيض هل هو محرم لحق الله تعالى فلا يباح وإن سألته أو لحقها فيباح بسؤالها فيه وجهان، قال الزركشي والأول ظاهر إطلاق الكتاب والسنة، قال في الإنصاف وهو ظاهر كلام المصنف هنا وغيره. الإنصاف (٨/٤٤٨).

على قوله: «أو طهر أصابها فيه» أي إذا لم يستبن حملها.

(١) قوله: «ويستحب رجعتها» هذا الصحيح من المذهب وعليه جماهير الأصحاب لأنه عليه الصلاة والسلام أمر به ابن عمر رضي الله عنهما وأدنى أحواله الاستحباب، ولأنه طلاق لا يرتفع بالرجعة فلم تجب الرجعة فيه كالطلاق في طهر أصابها فيه فإنهم أجمعوا على أن الرجعة لا تجب فيه حكاه ابن عبد البر عن الجميع، وبعدم الوجوب قال الثوري والأوزاعي وابن أبي ليلى والشافعي وأصحاب الرأي وعنه يجب وهو قول مالك وداود لظاهر الأمر. الشرح الكبير (٤/٤١٢).

[فائدة] لو علق طلاقها بقيامها فقامت حائضًا فقال في الانتصار: هو طلاق مباح. وقال في الترغيب هو طلاق بدعي. المبدع (٦/٣٠٣).

على قوله: «وإن طلقها ثلاثًا» وقيل أو اثنين بكلمة أو كلمات. المبدع (٦/٣٠٣).

وإن طلقها ثلاثًا في طهر لم يصبها فيه كره[1] وفي تحريمه روايتان. وإن كانت

(١) قوله: «وإن طلقها ثلاثًا إلخ» إحداهما يحرم وهو المذهب نص عليه روى ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وابن عمر وهو قول مالك وأبي حنيفة لقوله تعالى: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ ﴾ الآية، ثم قال: ﴿ وَمَن يَتَّقِ ٱللَّهَ يَجْعَل لَّهُۥ مَخْرَجًا ﴾ ومن طلق ثلاثًا لم يبق له أمر يحدث ولم يجعل له مخرجًا وقد روى النسائي عن محمود ابن لبيد قال «أخبر رسول الله ﷺ عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعًا فغضب ثم قال: أيلعب بكتاب الله عز وجل وأنا بين أظهركم؟ حتى قام رجل فقال: يا رسول الله ألا أقتله» وروى الدارقطني عن علي رضي الله عنه قال «سمع النبي صلى الله عليه وسلم رجلاً طلق البتة فغضب وقال تتخذون آيات الله هزوًا أو دين الله هزوًا أو لعبًا»، ولأنه قول من سمينا من الصحابة ولم يصح عندنا خلافهم فيكون إجماعًا. انظر الشرح الكبير (٤/٤١٣).

[فائدة] لو طلق ثانية أو ثالثة في طهر واحد بعد رجعة أو عقد لم يكن بدعة بحال على الصحيح من المذهب. الإنصاف (٨/٤٥١).

[تنبيه] إذا طلقها ثلاثًا متفرقة بعد أن راجعها طلقت ثلاثًا بلا نزاع في المذهب وعليه الأصحاب منهم الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى، وإن طلقها ثلاثًا مجموعة أو متفرقة قبل رجعة واحدة طلقت ثلاثًا على الصحيح من المذهب نص عليه مرارًا وعليه الأصحاب بل الأئمة الأربعة وأصحابهم في الجملة، وأوقع الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى من ثلاث مجموعة أو متفرقة قبل رجعة طلقة واحدة وقال: لا نعلم أحدًا فرق بين الصورتين. وحكى عدم وقوع الثلاث جملة واحدة بل واحدة في المجموعة أو المتفرقة عن جده المجد، فإنه كان يفتي به أحيانًا سرًا. وقال عن قول عمر رضي الله عنه في إيقاع الثلاث: إنما جعله لإكثارهم منه فعاقبهم على الإكثار منه لما عصوا بجمع الثلاث فيكون عقوبة من لم يتق الله من التعزير الذي يرجع فيه إلى اجتهاد الأئمة كالزيادة على الأربعين في حد الخمر لما أكثر الناس منها وأظهروه ساغت الزيادة عقوبة انتهى. واختاره ابن القيم رحمه الله تعالى وكثير من أتباعه، قال ابن المنذر: هو مذهب أصحاب ابن عباس كعطاء وطاوس وعمرو بن دينار نقله الحافظ شهاب الدين ابن حجر في شرح البخاري، وحكى المصنف عن عطاء وطاوس وسعيد بن جبير وأبي الشعثاء وعمرو بن دينار أنهم كانوا يقولون من طلق البكر ثلاثًا فهي واحدة وقال القرطبي في تفسيره على قوله: ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ ﴾ اتفق أئمة الفتوى على لزوم إيقاع الثلاث وهو قول جمهور السلف، وشذ طاوس وبعض أهل الظاهر إلى أن طلاق الثلاث في كلمة واحدة يقع واحدة ويروى هذا عن محمد بن إسحاق والحجاج بن أرطأة. وقال بعد ذلك: ولا فرق بين أن يوقع ثلاثًا مجتمعًا في كلمة أو مفرقًا في كلمات وقال بعد ذلك: ذكر محمد بن أحمد بن مغيث في وثائقه أن الطلاق ينقسم إلى طلاق سنة وطلاق بدعة وطلاق البدعة أن يطلقها في حيض أو ثلاثًا في =

المرأة صغيرة أو آيسة أو غير مدخول بها أو حاملاً قد استبان حملها فلا سنة لطلاقها ولا بدعة إلا في العدد[1] فإذا قال لها أنت طالق.للسنة أو قال للبدعة طلقت في الحال واحدة وإن قال لمن لها سنة وبدعة أنت طالق للسنة في طهر لم يصبها فيه طلقت في الحال، وإن كانت حائضًا طلقت إذا طهرت[2]. وإن كان

= كلمة واحدة فإن فعل لزمه الطلاق. ثم اختلف أهل العلم بعد إجماعهم على أنه مطلق كم يلزمه من الطلاق؟ فقال علي وابن مسعود يلزمه طلقة واحدة وقال ابن عباس رضي الله عنهما وقال قوله ثلاث لا معنى له لأنه لم يطلق ثلاث مرات وقال الزبير بن العوام وعبد الرحمن بن عوف ورويناه عن ابن وضاح وقال به من شيوخ قرطبة ابن زنباع ومحمد بن بقى بن مخلد ومحمد بن عبد السلام الخشني ففيه عصره وأصبغ بن الحباب وجماعة سواهم وقد يخرج بقياس من غير ما مسألة من المدونة ما يدل على ذلك و ذكره وعلل ذلك بتعاليل جيدة. انتهى انظر/ الإنصاف (٨/٤٥٢-٤٥٣).

(١) قوله: ((وإن كانت المرأة صغيرة الخ)) هذا إحدى الروايات وعنه لا سنة لهن ولا بدعة لا في العدد ولا غيره هذا المذهب. وحاصله أن طلاق السنة إنما هو المدخول بها، لأن غير المدخول بها لا عدة عليها والآيسة والصغيرة عدتها بالأشهر فلا تحصل الريبة، والحامل التي قد استبان حملها عدتها بوضع الحمل ولا ريبة لأن حملها قد استبان لكن حكى في المغني أن ابن عبد البر قال: لا خلاف بين أهل العلم أن الحامل طلاقها للسنة. وقال ابن المنجا: وفيما قاله المؤلف نظر من حيث إن السنة ما وافق أمر الله ورسوله ﷺ ومن طلق إحدى هؤلاء فقد وافق طلاقه ذلك لأن في حديث ابن عمر رضي الله عنهما ((ثم ليطلقها طاهرًا أو حاملاً)) رواه مسلم والطلاق في الطهر سنة فكذا في الحمل، ونقل ابن منصور لا يعجبني أن يطلق حائضًا لم يدخل بها. المبدع (٦/ ٣٠٤-٣٠٥).

[فائدة] إذا قال لصغيرة أو غير مدخول بها أنت طالق للبدعة ثم قال أردت طلاقهما في زمن يصير طلاقهما فيه للسنة دين فيما بينه وبين الله تعالى، وهل يقبل في الحكم؟ فيه وجهان أحدهما لا يقبل وهو مذهب الشافعي لأنه خلاف الظاهر، الثاني يقبل وهو أشبه بالمذهب لأنه فسر كلامه بما يحتمله فقبل. الشرح الكبير (٤/٤١٥-٤١٦).

على قوله: ((طلقت في الحال واحدة)) لأنه وصفها بما لا تتصف به فلغت الصفة وبقي قوله: أنت طالق، وكذلك قوله أنت طالق للسنة والبدعة أو أنت طالق لا للسنة ولا للبدعة. المبدع (٦/٣٠٥).

على قوله: ((طلقت في الحال)) لأن معنى السنة في وقت السنة وقتها. المبدع (٦/٣٠٥).

(٢) قوله: ((وإن كانت حائضًا إلخ)) لأن الصفة قد وجدت وسواء اغتسلت أو لا وهو المذهب وعليه أكثر الأصحاب وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة إن طهرت لأكثر الحيض مثل ذلك وإن انقطع الدم لدون أكثره لم يقع حتى تغتسل أو تتيمم عند =

في طهر أصابها فيه طلقت إذا طهرت من الحيضة المستقبلة وإن قال لها أنت طالق للبدعة وهي حائض أو في طهر أصابها فيه طلقت في الحال[1] وإن كانت في طهر لم يصبها فيه طلقت إذا أصابها أو حاضت[2] وإن قال لها أنت طالق ثلاثًا للسنة طلقت ثلاثًا في طهر لم يصبها فيه في إحدى الروايتين[3] وفي الأخرى تطلق فيه واحدة وتطلق الثانية والثالثة في طهرين في نكاحين إن أمكن، وإن قال لها أنت طالق في كل قرء طلقة وهي من اللاتي لم يحضن لم تطلق حتى تحيض فتطلق في كل حيضة طلقة، وإن قلنا الأقراء: الأطهار[4] فهل تطلق في الحال؟ يحتمل وجهين[5]، ويقع بها الباقي في الأطهار الباقية.

«**في كل قرء**» القرء، بفتح القاف: الحيض، والطهر، وهو من الأضداد. وحكى ابن سيده: ضمها، والجمع أقراء، وقروء، وأقرؤ[6].

= عدم الماء. ولنا أنها طاهر فوقع بها طلاق السنة كالتي طهرت لأكثر الحيض، ولأن في حديث ابن عمر رضي الله عنهما «وإذا طهرت طلقها إن شاء» المبدع (٣٠٥/٦).

على قوله: «طلقت إذا طهرت» لأن الصفة قد وجدت. المبدع (٣٠٥/٦).

على قوله: «طلقت إذا طهرت من الحيضة المستقبلة» لغير خلاف نعلمه، لأن ذلك هو وقت السنة في حقها لا سنة لها قبلها. انظر المبدع (٣٠٥/٦).

(١) قوله: «وإن قال أنت طالق للبدعة إلخ » أي لأن ذلك وقت البدعة وهذا المذهب. المبدع (٣٠٦/٦).

(٢) قوله: «وإن كانت في طهر إلخ» وهذا المذهب لأن كل واحد منهما وقت للبدعة فأيهما سبق وقع الطلاق فيه عملاً بقوله للبدعة لكن ينزع في الحال بعد إيلاج الحشفة إن كان الطلاق ثلاثًا فإن استدام ذلك حد العالم وعزر الجاهل قاله الأصحاب. المبدع (٣٠٦/٦).

(٣) قوله: «وإن قال لها أنت طالق ثلاثًا للسنة إلخ» المنصوص عن أحمد رحمه الله تعالى في هذه المسألة أنها تطلق ثلاثًا إن كانت في طهر لم يجامعها فيه، وإن كانت حائضاً طلقت ثلاثاً إذا طهرت، وهذا مذهب الشافعي، وقال أبو حنيفة: يقع في كل قرء طلقة، وإن كانت من ذوات الأشهر وقع في كل شهر طلقة. الشرح الكبير (٤١٧/٤).

(٤) على قوله: «وإن قلنا الأقراء الأطهار» وكانت من اللاتي لم يحضن.

(٥) على قوله: «يحتمل وجهين» أحدهما تطلق وهو المذهب، لأن الطهر قبل الحيض كله قرء واحد. المبدع (٣٠٧/٦)

(٦) انظر لسان العرب [٣٥٦٤/٥] – [قرأ].

وإن قال لها أنت طالق أحسن الطلاق وأجمله فهو كقوله أنت طالق للسنة وإن قال أقبح الطلاق وأسمجه فهو كقوله للبدعة إلا أن ينوي أحس أحوالك وأقبحها أن تكوني مطلقة فيقع في الحال، وإن قال أنت طالق طلقة حسنة قبيحة طلقت في الحال(١).

باب صريح الطلاق وكنايته

وصريحه لفظ الطلاق وما تصرف منه في الصحيح(٢) وقال الخرقي: صريحه ثلاثة

---

(١) قوله: «طلقت في الحال»: لأنه وصفها بصفتين متضادتين فلغتا، وبقي مجرد الطلاق فوقع. انظر المبدع (٦/٣٠٧-٣٠٨).

(٢) قوله: «وصريحة لفظ الطلاق إلخ» يعني أن صريح الطلاق هو لفظ الطلاق وما تصرف منه لا غير وهذا المذهب وعليه أكثر الأصحاب وصححه المصنف والشارح لأنه موضوع له على الخصوص فإذا قال أنت طالق أو مطلقة أو قد طلقتك وقع الطلاق من غير نية وهو مذهب أبي حنيفة وقال الخرقي الخ وهو مذهب الشافعي لورودهما في القرآن العزيز كقوله تعالى: ﴿ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَٰنٍ ﴾ وقوله تعالى: ﴿ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾ ﴿ وَإِن يَتَفَرَّقَا ﴾ الآية وكقوله: ﴿ فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ ﴾ الآية ووجه الأولى أن الفراق والسراح يستعملان في غير الطلاق كثيرًا فلم يكونا صريحين فيه كسائر كناياته كقوله تعالى: ﴿ وَٱعْتَصِمُواْ بِحَبْلِ ٱللَّهِ جَمِيعًا وَلَا تَفَرَّقُواْ ﴾ ﴿ وَمَا تَفَرَّقَ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلْكِتَٰبَ ﴾ الآية وأما قوله: ﴿ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ ﴾ فليس المراد به الطلاق إذ الآية في الرجعة وهي إذا قاربت انقضاء عدتها فإما أن يمسكها برجعة وإما أن تترك حتى تنقضي عدتها فتسرح وعنه أنت مطلقة ليس بصريح فيه لاحتمال أن يكون طلاقًا ماضيًا. الشرح الكبير (٤/٤٢١).

[فوائد] لو قال أنت طالق بفتح التاء طلقت على الصحيح من المذهب وعليه أكثر الأصحاب، وقال أبو بكر وابن عقيل لا تطلق. الإنصاف (٨/٤٦٢).

(الثانية) لو قال امرأتي طالق وأطلق النية أو قال عبدي حر أو أمتي حرة وأطلق النية طلق جميع نسائه وعتق جميع عبيده وإمائه على الصحيح من المذهب وعليه جماهير الأصحاب ونص عليه وهو من مفردات المذهب، واختار المصنف وصاحب الفائق أنه لا يطلق إلا واحدة ولا يعتق إلا واحد ويخرج بالقرعة.

(الثالثة) من صريح الطلاق إذا قيل له أطلقت امرأتك قال نعم على الصحيح من المذهب كما يأتي في كلام المصنف. الإنصاف (٨/٤٦٣).

(الرابعة) قوله وما تصرف منه يستثنى من ذلك الأمر والمضارع وكذا قوله أنت مطلقة بكسر اللام اسم فاعل. الإنصاف (٨/٤٦٣).

(الخامسة) لا يقع الطلاق بغير لفظ فلو نواه بقلبه لم يقع في قول عامة أهل العلم خلافًا=

ألفاظ الطلاق والفراق والسراح وما تصرف منهن، فمتى أتى بصريح الطلاق وقع نواه أو لم ينوه[1] وإن نوى بقوله أنت طالق من وثاق أو أراد أن يقول طاهر فسبق لسانه أو أراد بقوله مطلقة من زوج كان قبله لم تطلق[2] وإن ادعى

«**وأسمجه**» أفعل تفضيل من سمجَ سماجة، وهو: ضد حسن، واعتدل، والله أعلم.

باب صريح الطلاق وكنايته

الصريح في الطلاق، والعتق، والقذف، ونحو ذلك: هو اللفظ الموضوع له، لا يفهم منه عند الإطلاق غيره. والصريح: الخالص من كل شيء، ولذلك يقال: نسبٌ صريح، أي: خالص لا خلل فيه، وهذا اللفظ خالص لهذا المعنى، أي: لا مشارك له فيه. والكناية، قال الجوهري: هي أن يتكلم بشيء ويريد غيره، وقد كنيّت بكذا عن كذا. وقال ابن القطاع: كنيت عن الشيء: سترته. والمراد بالكناية هنا: ما يشبه الصريح، ويدل على معناه، فإن لم يشبه الصريح، ولم يدل على معناه، فليس بصريح، ولا كناية، نحو: قُومي، واقعدي، وكلي، واشربي.

«**والسراح**» السَراح بفتح السين: الإرسال، يقال: سرحت الماشية: إذا أرسلتها، وتسريح المرأة: تطليقها، والاسم: السراح، كالتبليغ والبلاغ.

= للزهري وابن سيرين قال ابن سيرين فيمن طلق في نفسه أليس الله قد علمه ورد بقوله: «إن الله تجاوز لأمتي عما حدثت به أنفسها ما لم تعمل أو تكلم به» متفق عليه، وكذا إن نواه بقلبه وأشار بإصبعه نص عليه لأنه ليس بصريح ولا كناية. الشرح الكبير (٤/٤٢٠).

(١) قوله: «فمتى أتى بصريح الطلاق إلخ» بغير خلاف ذكره في الشرح لأن سائر الصرائح لا تفتقر إلى نية فكذا صريح الطلاق سواء كان ذلك جدًا أو هازلاً حكاه ابن المنذر إجماع من يحفظ عنه، وسنده ما روى أبو هريرة رضي الله عنه مرفوعًا «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة» رواه أحمد وأبو وداود والترمذي وقال حسن غريب. المبدع (٦/٣١٠).

(٢) قوله: «وإن نوى بقوله أنت طالق إلخ» الصحيح من المذهب أنه إذا ادعى ذلك يدين فيما بينه وبين الله تعالى لأنه أعلم بما أراد ولا يمكن الاطلاع على ذلك إلا من جهته فمتى علم ذلك من نفسه لم يقع عليه فيما بينه وبين ربه قال أبو بكر لا خلاف عن أبي عبد الله رحمه الله تعالى أنه إذا أراد أن يقول لزوجته اسقيني ماء فسبق لسانه فقال أنت طالق أو أنت حرة أنه لا طلاق فيه. الإنصاف (٨/٤٦٤).

ذلك دُين، وهل يقبل في الحكم؟ يخرج على روايتين[1]،إلا أن يكون في حال الغضب أو بعد سؤالها الطلاق فلا يقبل. وفيما إذا قال أردت أنها مطلقة من زوج قبلي وجه ثالث أنه يقبل إن كان وجد وإلا فلا. ولو قيل له أطلقت امرأتك؟ قال نعم وأراد الكذب طلقت[2] ولو قيل له ألك امرأة؟ قال لا وأراد

«**وما تصرف منها**» تقدم مثله في أول كتاب العتق.

«**من وثاق**» الوثاق: بفتح الواو وكسرها: ما يوثق به الشيء من حبل ونحوه، قال الله تعالى: ﴿فَشُدُّواْ ٱلْوَثَاقَ﴾ [محمد: ٤].

---

(١) قوله: «وهل يقبل قوله في الحكم إلخ» إحداهما يقبل وهو المذهب وهو قول جابر بن زيد والشعبي والحكم حكاه عنهم أبو جعفر لأنه فسر كلامه بما يحتمله احتمالاً غير بعيد فقيل كما لو قال أنت طالق أنت طالق وقال أردت بالثانية إفهامها. والثانية لا يقبل وهو مذهب الشافعي لأنه خلاف ما يقتضيه الظاهر في العرف لم يقبل كما لو أقر بعشرة ثم قال زيوفًا أو صغارًا فأما إن صرح بذلك في اللفظ فقال طلقتك من وثاقي أو فارقتك بجسمي أو سرحتك من يدي فلا شك أن الطلاق لا يقع. انظر الشرح الكبير (٤/٤٢٢).

[فائدة] مثل ذلك خلافًا ومذهبًا لو وقال أنت طالق وأراد أن يقول إن قمت فترك الشرط ولم يرد طلاقا. الإنصاف (٨/٤٦٥).

(٢) قوله: «ولو قيل له أطلقت امرأتك إلخ» وكذا لو قيل له امرأتك طالق قال نعم طلقت وإن لم ينو وهذا المذهب مطلقًا وعليه جماهير الأصحاب وهو الصحيح من مذهب الشافعي واختيار المزني لأن نعم صريحة في الجواب. المبدع (٨/٣١١).

[فائدة] لو قال قائل لعالم بالنحو ألم تطلق امرأتك فقال نعم لم تطلق وإن قال بلى طلقت ذكره الناظم وغيره. الإنصاف (٨/٤٦٦).

(تنبيه) مفهوم قوله ولو قيل له ألك امرأة الخ أنه لو لم يرد الكذب أنها تطلق ومثله قوله ليس لي امرأة أو ليست لي بامرأة ونوى الطلاق وهو صحيح لأنه كناية على الصحيح من المذهب نص عليه ونقل أبو طالب إذا قيل ألك امرأة قال لا ليس بشيء أخذ المجد من إطلاق هذه الرواية أنه لا يلزمه الطلاق ولو نوى وحملها القاضي على أنه لم ينو الطلاق فعلى المذهب لو حلف بالله على ذلك فقد توقف أحمد رحمه الله تعالى في رواية مهنا عن الجواب فيحتمل وجهين. الإنصاف (٨/٤٦٦-٤٦٧).

على قوله: «لم تطلق» وإن أراد بهذا اللفظ طلاقها طلقت على المذهب لأنها كناية صحبتها النية وبه قال الزهري ومالك وحماد بن أبي سليمان وأبو حنيفة والشافعي. الشرح الكبير (٤/٤٢٢-٤٢٣).

الكذب لم تطلق، ولو لطم امرأته أو أطعمها أو سقاها وقال هذا طلاقك طلقت[(١)] إلا أن ينوي أن هذا سبب طلاقك أو نحو ذلك وإن قال أنت طالق ولا شيء أو ليس بشيء أو لا يلزمك طلقت[(٢)]، وإن قال أنت طالق أو لا أو

«دُين» مبني للمفعول، يجوز أن يكون بمعنى: ملك. قال الحطيئة:

لَقَدْ دُيِّنتَ أمر بنيْك حتى تركتهمُ أدقَّ مِنَ الطِّحيْنِ

كأنه ملَّك أمر بنيه، ويجوز أن يكون من: ديَّنت الرجل تديينًا: إذا وكلته إلى دينه، فهو قد وكل في نيته إلى دينه.

---

(١) قوله: «وإن لطم امرأته إلخ» وكذا لو ألبسها ثوبًا أو أخرجها من داره أو قبلها ونحو ذلك. اعلم أنه إذا فعل ذلك فلا يخلو إما أن ينوي طلاقها أو لا فإن نوى به طلاقها طلقت وإن لم ينوه وقع أيضًا لأنه صريح على الصحيح من المذهب نص عليه وقدم المصنف والشارح أنه كناية، وقال أكثر الفقهاء ليس بكناية ولا يقع به طلاق وإن نوى لأن هذا لا يؤدي معنى الطلاق ولا هو سبب له ولا حكم فيه فلم يصح التعبير به عنه كما لو قال غفر الله لك. ولنا على أنه كناية أنه يحتمل أوقعت عليك طلاقًا هذا الضرب من أجله ويحتمل أن يكون سببًا للطلاق لكون الطلاق معلقًا عليه فصح أن يعبر به عنه فعلى المذهب وهو الوقوع من غير نية لو فسرها بمحتمل غيره قبل قاله ابن حمدان والزركشي وقال: فعلى هذا فهذا قسم برأسه ليس بصريح. فعلى المذهب أيضًا لو نوى أن هذا سبب طلاقك دين فيما بينه وبين الله تعالى، وهل يقبل في الحكم؟ على وجهين أحدهما يقبل وهو الصحيح. الشرح الكبير (٤/٤٢٣)، المبدع (٦/٣١٢).

[فائدة] لو طلق امرأة أو ظاهر منها أو آلى ثم قال سريعًا لضرتها شركتك معها أو أنت مثلها أو أنت كهي أو أنت شريكتها فهو صريح في الضرة في الطلاق والظهار على الصحيح من المذهب نص عليه وعليه جماهير الأصحاب، وعنه أنه كناية فيها، وأما الإيلاء فلا يصير بذلك موليًا من الضرة على الصحيح من المذهب وعليه أكثر الأصحاب وجزم به المصنف في المقنع في باب الإيلاء وجزم به غيره. وعنه أنه صريح في حق الضرة أيضًا. انظر الإنصاف (٨/٤٦٩).

(٢) قوله: «وإن قال أنت طالق لا شيء إلخ» وهذا المذهب وعليه أكثر الأصحاب قال المصنف والشارح لا نعلم فيه خلافًا، وكذا الحكم لو قال أنت طالق طلقة لا تقع عليك أو طالق طلقة لا تنقص عدد الطلقات. المبدع (٦/٣١٢).

طالق واحدة أو لا لم يقع[1] ويحتمل أن يقع. وإن كتب طلاق امرأته ونوى الطلاق وقع[2]. وإن نوى تجويد خطه أو غم أهله لم يقع[3] وهل تقبل دعواه في الحكم؟ يخرج على روايتين[4]، وإن لم ينو شيئًا فهل يقع؟ على وجهين[5]. وإن

---

(١) قوله: «وإن قال أنت طالق أو لا إلخ» أما إذا قال أنت طالق أو لا فالصحيح من المذهب أنه لا يقع، وأما إذا قال أنت طالق واحدة أو لا فقدم المصنف هنا عدم الوقوع وهو أحد الوجهين وقدمه في المغني والشرح الكبير ونصراه وردا قول من فرق بينهم قال ابن المنجا في شرحه: هذا المذهب لأن هذا استفهام فإذا اتصل به خرج عن أن يكون لفظا لا يقع ويحتمل أن يقع لأن لفظه لفظ الإيقاع لا لفظ الاستفهام لأن لفظ الاستفهام يكون بالهمزة أو نحوها فيقع ما أوقعه ولا يرتفع بما ذكره بعده وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف وهو قياس قول الشافعي. الشرح الكبير (٤/٤٢٤).

(٢) قوله: «وإن كتب إلخ» يعني كتب صريح الطلاق ونواه وقع على الصحيح من المذهب وعليه جماهير الأصحاب وبه قال الشعبي والنخعي والزهري والحكم ومالك وأبو حنيفة وهو المنصوص عن الشافعي لأن الكتابة حروف يفهم منها الطلاق أشبهت النطق ولأن الكتابة تقوم مقام الكاتب بدليل أنه عليه الصلاة والسلام كان مأمورًا بتبليغ الرسالة فبلغ بالقول مرة وبالكتاب أخرى ولأن كتاب القاضي يقوم مقام لفظه في إثبات الديون وعنه أنه صريح نصره القاضي وأصحابه وذكره الحلواني قال في الفروع ويتخرج أنه لغو اختاره بعض الأصحاب بناء على إقراره بخطه قال في الرعاية ويتخرج أن لا يقع بخطه شيء وإن نواه بناء على أن الخط بالحق ليس إقرارًا شرعيًا في الأصح قال في الإنصاف والنفس تميل إلى عدم الوقوع بذلك. وذكر بعض أصحاب الشافعي أن له قولاً آخر أنه لا يقع به طلاق وإن نواه لأنه فعل من قادر على النطق فلم يقع به الطلاق كالإشارة. انظر الشرح الكبير (٤/٤٢٤).

(٣) قوله: «وإن نوى تجويد خطه إلخ» وهو المذهب لأنه نوى باللفظ غير الإيقاع لم يقع فالكتابة أولى. المبدع (٦/٣١٣)، الشرح الكبير (٤/٤٢٤)، الإنصاف (٨/٤٧٣).

(٤) قوله: «وهل تقبل إلخ» إحداهما تقبل وهو المذهب قال في المغني والشرح هذا أصح الوجهين. المبدع (٦/٣١٣).

(٥) قوله: «وإن لم ينو شيئًا إلخ» وهما روايتان أحدهما هو أيضًا صريح من غير نية وهو الصحيح من المذهب وعليه أكثر الأصحاب، والثاني أنه كناية فلا يقع من غير نية جزم به في الوجيز، قال في الرعاية وهو أظهر، قال في الإنصاف وهو الصواب. المبدع (٦/٣١٣)، الإنصاف (٨/٤٧٢).

على قوله: «على وجهين» أحدهما: يقع وهو قول الشعبي والنخعي والزهري، والحكم. والثاني: لا يقع إلا بنية وهو قول أبي حنيفة ومالك ومنصوص الشافعي. الشرح الكبير (٤/٤٢٤-٤٢٥).

كتبه بشيء لا يتبين لم يقع[1]، وقال أبو حفص يقع. وصريح الطلاق في لسان العجم بهشتم فإن قاله العربي ولا يفهمه أو نطق العجمي بلفظ الطلاق ولا يفهمه لم يقع، وإن نوى موجبه فعلى وجهين[2].

فصل

والكنايات نوعان[3] ظاهرة وهي سبع: أنت خلية وبرية وبائن وبتة وبتلة وأنت

«**بشيء لا يتبين**» هو: مثل أن يكتبه بأصبعه على مخدة، أو في الهواء، ونحو ذلك.

---

(١) قوله: «وإن كتبه بشيء إلخ» هذا الصحيح من المذهب لأن الكتابة التي لا تبين كالهمس بالفم بما لا يتبين وثم لا يقع فههنا أولى. المبدع (٦/٤١٣).

[فوائد] الأولى لو كتبه على شيء لم يثبت عليه خط كالكتابة على الهواء أو الماء لم يقع. الإنصاف (٨/٤٧٤).

(الثانية) لو قرأ ما كتبه وقصد القراءة ففي قبوله حكما الخلاف المتقدم فيما إذا قصد تجويد خطه أو غم أهله. الإنصاف (٨/٤٧٤).

(الثالثة) يقع الطلاق من الأخرس وحده بالإشارة وبه قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم لأنه لا طريق له إلى الطلاق إلا بالإشارة. انظر الشرح الكبير (٤/٤٢٥).

(٢) قوله: «وإن نوى موجبه إلخ» أحدهما لا يقع وهو المذهب لأنه لم يتحقق منه اختيار لما لا يعلمه أشبه ما لو نطلق بكلمة الكفر من لا يعرف معناها.

[فائدة] من لم تبلغه الدعوة فهو غير مكلف ويقع طلاقه. المبدع (٦/٣١٤).

(٣) قوله: «والكنايات نوعان» قال ابن القيم رحمه الله في الهدى: وتقسيم الألفاظ إلى صريح وكناية وإن كان تقسيمًا صحيحًا في أصل الوضع لكن يختلف باختلاف الأشخاص والأزمنة والأمكنة فليس حكمًا ثابتًا للفظ ذاته قرب لفظ صريح عند قوم كناية عند آخرين أو صريح في زمان ومكان كناية في غير ذلك المكان والزمان والواقع شاهد بذلك، فهذا لفظ السراح ولا يكاد أحد يستعمله في الطلاق ولا صريحًا ولا كناية فلا يشرع أن يقال إن كل من تكلم به لزمه طلاق امرأته نواه أو لم ينوه ويدعي أنه عرف ثبت له عرف الشرع والاستعمال فإن هذه دعوى باطلة شرعًا واستعمالاً أما الاستعمال فلا يكاد أحد يطلق به البتة وأما الشرع فقد استعمله في غير الطلاق كقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحۡتُمُ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقۡتُمُوهُنَّ مِن قَبۡلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ ﴾ الآية فهذا السراح غير الطلاق قطعًا وكذا الفراق استعمله الشرع في غير الطلاق كقوله: ﴿ فَإِذَا بَلَغۡنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمۡسِكُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ فَارِقُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٍ ﴾ فالإمساك هنا الرجعة والمفارقة ترك الرجعة لا إنشاء لطاقة ثانية هذا مما لا خلاف فيه البتة فلا يجوز أن يقال أن من تكلم به طلقت زوجته فهم معناه أو لم يفهمه وكلاهما في البطلان سواء وبالله التوفيق. انتهى.

حرمة وأنت الحرج[1]، وخفية نحو اخرجي واذهبي وذوقي وتجرعي وخليتك وأنت مخلاة وأنت واحدة ولست لي بامـــرأة واعتدي واستبري واعتزلي وما

«**بهشتم**» بكسر الباء، والهاء، وسكون الشين المعجمة، وفتح التاء، كذا ضبطناه عنهم، ومعناه: عندهم: خليتك.

«**موجبة**» بفتح الجيم، وهو: اسم مفعول من أوجب الشيء: ألزمه، فموجبه: مقتضاه ومطلوبه، ومدلوله، تشبيهًا بذلك.

«**أنت خلية وبرية**» إلى آخر الباب. الخلية في الأصل: الناقة تطلق من عقالها ويخلى عنها، ويقال للمرأة: خلية. كناية عن الطلاق، قاله الجوهري. والبرية: أصله: بريئة بالهمز، لأنه صفة من بَرَأَ من الشيء براءة، فهو بريء. والأنثى: بريئة، ثم خفف همزه كما خفف برية في: ﴿خَيْرُ ٱلْبَرِيَّةِ﴾ [البينة: ٧] فعلى هذا يجوزان، بريئة بالهمز، وبرية بغير همز. وبائن، أي منفصلة، من بانت تبين، ويقال: طلقة بائنة: فاعلة بمعنى: مفعولة، وبتة: بمعنى: مقطوعة، وهي في الأصل: المرة، من بته بتًا وبتة. يقال: طلقها ثلاثًا بتة، وصدقةٌ بتةٌ، أي: منقطعة، وبتلة بمعنى: منقطعة، من قولهم: بتل الشيء: إذا قطعه، وسميت مريم عليها السلام البتول، لانقطاعها عن الرجال، وفاطمة الزهراء البتول، لانقطاعها عن نساء زمانها فضلاً، ودينًا، وحسبًا. وقيل: لانقطاعها عن الدنيا إلى الله تعالى.

«**والحرج**»: بفتح الحاء والراء: الضيق، يقال: حرج بكسر الراء يحرج حرجًا: بفتحها في المضارع والمصدر، فقولهم في الكناية: أنت الحرج: من باب الوصف بالمصدر مبالغة، أو على حذف المضاف، أي: ذات الحرج، وخليتك وأنتِ مخلاة، أي: طلقتك فأنت مطلقة، من قولهم: خلي سبيله، فهو: مخلى، وأنت

---

(١) قوله: «وهي سبع إلخ» وهذا المذهب أعني أنها السبعة وكذا أعتقتك وعليه أكثر الأصحاب وقيل أبنتك كأنت بائن والخلية في الأصل الناقة تطلق من عقالها ويخلى عنها ويقال للمرأة خلية كناية عن الطلاق، والبائن المنفصلة، والبتة المقطوعة، وبتلة بمعنى منقطعة، وسميت مريم البتول لانقطاعها عن النكاح ولأن الحرة التي لا رق عليها ولا شك أن النكاح رق وفي الخبر «فاتقوا النساء فإنهن عوان عندكم» أي أسرى، والزوج ليس له على الزوجة إلا رق الزوجية فإذا أخبر بزوال الرق فهو الرق المعهود. المبدع (٦/٣١٥).

أشبهه[1] واختلف في قوله الحقي بأهلك وحبلك على غاربك وتزوجي من شئت وحللت للأزواج ولا سبيل لي عليك ولا سلطان لي عليك هل هي ظاهرة أو خفية؟ على روايتين[2]. ومن شرط وقوع الطلاق أن ينوي بها الطلاق[3].

واحدة، أي: منفردة، واستبري أصله الهمز، لأنه من قولهم: استبرأت الجارية: إذا تركتها حتى يبرأ رحمها، وتتبين حالها، هل هي حامل، أم لا.

«**واعتزلي**»: اعتزل الشيء: إذا كان بمعزل منه، فمعنى اعتزلي، أي: كوني وحدك في جانب. وحبلك على غاربك، الغارب: مقدم السنام، ومعنى حبلك على غاربك: أنت مرسلة مطلقة، غير مشدودة، ولا ممسكة بعقد النكاح.

«**ولا سبيل لي عليك**» السبيل: الطريق: يذكر ويؤنث، قال الله تعالى: ﴿ قُلْ هَٰذِهِۦ سَبِيلِىٓ ﴾ [يوسف: ١٠٨] فأنث، وقال: ﴿ وَإِن يَرَوْاْ سَبِيلَ ٱلْغَيِّ يَتَّخِذُوهُ سَبِيلًا ﴾ [الأعراف: ١٤٦] فذكر.

«**ولا سلطان لي عليك**» أي: لا ولاية لي عليك، والسلطان: الوالي، من السلاطة: القهر.

---

(١) قوله: «وخفية الخ وما أشبهه» كلا حاجة لي فيك وما بقي شيء وأغناك الله والله قد أراحك مني وجرى القلم ونحوه وهذا المذهب ويقع ما نواه لأنه محتمل له. وإن لم ينو شيئًا رقعت واحدة لأنه اليقين وعنه أن اعتدى واستبرئي ليست من الكنايات الخفية، وقال ابن عقيل إذا قالت له طلقني فقال إن الله قد طلقك هذا كناية خفية أسندت إلى دلالتي الحال وهي ذكر الطلاق وسؤالها إياه. وقال ابن القيم رحمه الله تعالى: والصواب أنه إن نوى وقع الطلاق وإلا لم يقع لأن قوله الله قد طلقك إن أراد به شرع طلاقك وأباحه لم يقع وإن أراد أن الله أوقع عليك الطلاق وأراده وشاءه فهذا يكون طلاقًا فإذا احتمل الأمرين لم يقع إلا بالنية. انتهى. المبدع (٦/٣١٥)، الإنصاف (٨/٤٧٧).

(٢) قوله: «واختلف في قوله إلخ» أما الحقي بأهلك فالصحيح من المذهب أنها من الكنايات الخفية لأنه عليه الصلاة والسلام قال لابنة الجون الحقي بأهلك متفق عليه ولم يكن ﷺ ليطلق ثلاثًا وقد نهى عنه. وقيل هو كناية ظاهرة وعليه أكثر الأصحاب. المبدع (٦/٣١٦). [فائدة] وكذا الحكم خلافًا ومذهبًا لو قال تقنعي وغطي شعرك. الإنصاف (٨/٤٧٩).

(٣) قوله: «ومن شرط وقوع الطلاق إلخ» هذا الصحيح من المذهب نص عليه إلا ما استثني ولو ظاهرة لأنها كناية فلا يقع بها طلاق إلا بنية كالخفية وعنه يقع الطلاق بالظاهرة من غير نية اختاره أبو بكر وهو مذهب مالك، فعلى المذهب يشترط أن تكون النية مقارنة للفظ على الصحيح.

إلا أن يأتي بها في حال الخصومة والغضب فعلى روايتين[1]. وإن جاءت جوابًا لسؤالها الطلاق فقال أصحابنا يقع الطلاق[2] والأولى في الألفاظ التي كثر استعمالها بغير الطلاق نحو اخرجي واذهبي وروحي أنه لا يقع بها طلاق حتى ينويه[3] ومتى نوى بالكناية الطلاق وقع بالظاهرة ثلاث وإن نوى واحدة[4]

---

(١) قوله: «إلا أن يأتي بها إلخ» إحداهما يقع وإن لم يأت بالنية وهو المذهب قال في رواية الميموني إذا قال لزوجته أنت حرة لوجه الله تعالى في الغضب أخشى أن يكون طلاقًا إذ دلالة الحال كالنية، والثانية لا يقع وهو قول أبي حنيفة والشافعي لأنه ليس بصريح في الطلاق و لم ينوه فلم يقع كحالة الرضا. الشرح الكبير (٤/٤٢٨).

(٢) قوله: «وإن جاءت إلخ» وهو المذهب مطلقًا لأن في ذكر الكناية عقيب سؤالها دلالة ظاهرة على إرادته. المبدع (٦/٣١٧).

(٣) قوله: «والأولى إلخ» لأن ما كثر استعماله إذا وجد عقيب خصومة أو غضب أو سؤال طلاق لا يغني عن النية لأن الكثرة تصرفه عن إرادة الطلاق بخلاف ما قل. المبدع (٦/٣١٧).

[فائدة] لو ادعى أنه ما أراد الطلاق وأراد غيره دين و لم يقبل حكمًا مع سؤالها أو خصومة أو غضب على أصح الروايتين، وقيل يقبل في الحكم لأثر رواه سعيد عن عثمان لأن قوله محتمل فقيل كما لو كرر لفظًا وقال أردت التأكيد. الإنصاف (٨/٤٨١).

(٤) قوله: «ومتى نوى بالكناية إلخ» وهذا المذهب روى ذلك عن علي وابن عمر وزيد بن ثابت وابن عباس وأبي هريرة رضي الله عنهم في وقائع مختلفة ولا يعرف لهم مخالف في الصحابة قال الشارح أكثر الروايات عن أبي عبد الله رحمه الله تعالى كراهة الفتيا في هذه الكنايات مع ميله إلى أنها ثلاث والقول بأنها ثلاث من مفردات المذهب. وعنه يقع ما نواه اختارها أبو الخطاب وهو مذهب الشافعي قال يرجع إلى ما نوى فإن لم ينو شيئًا وقعت واحدة. ونحوه قول النخعي إلا أنه قال يقع طلقة بائنة لما روى ركانة أنه طلق امرأته البتة فأخبر النبي ﷺ فقال: «آلله ما أردت إلا واحدة» فقال ركانة والله ما أردت إلا واحدة فردها إليه النبي صلى الله عليه وسلم فطلقها الثانية في زمن عمر رضي الله عنه والثالثة في زمن عثمان رضي الله عنه وفي لفظ قال هو على ما أردت رواه أبو داود وصححه ابن ماجه والترمذي وقال سألت محمدًا – يعني البخاري – عن هذا الحديث فقال فيه اضطراب. ولأن الكنايات مع النية كالصريح فلم يقع به عند الإطلاق أكثر من واحدة كقوله أنت طالق وقال الثوري وأصحاب الرأي إن نوى ثلاثًا قبلت وإن نوى اثنتين أو واحدة وقعت واحدة وقال ربيعة ومالك يقع بها الثلاث وإن لم ينو، إلا في خلع أو قبل الدخول فإنها تطلق واحدة لأنها تقتضي البينونة والبينونة تحصل في الخلع وقبل الدخول بواحدة، قال في الإنصاف فعلى هذه =

وعنه يقع ما نواه وعنه ما يدل على أنه يقع بها واحدة بائنة ويقع بالخفية[1] ما نواه فإن لم ينو عددًا وقع واحدة[2] وأما ما لا يدل على الطلاق نحو كلي واشربي واقعدي واقربي وبارك الله عليك وأنت مليحة أو قبيحة فلا يقع بها طلاق وإن نوى[3]،وكذا قوله أنا طالق. فإن قال أنا منك طالق فكذلك ويحتمل أنه كناية وإن قال أنا منك بائن أو حرام فهل هو كناية أم لا؟ على وجهين[4]. وإن قال أنت علي كظهر أمي ينـــوي به الطلاق لم يقع وكان

«**واقربي**» بضم الراء: أمر من قرب، بضم الراء من الشيء قربًا: صار قريبًا منه، والله أعلم.

= الرواية يدين فعليها إن لم ينو شيئًا وقع واحدة وفي قبوله في الحكم روايتان. قلت الصواب أنه يقبل في الحكم ويكون رجعيًا على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب. انتهى. انظر الشرح الكبير (٤/٤٣٠)، المبدع (٦/٣١٨).

[فوائد] إذا قال أنت طالق بائن أو البتة ففيها الروايات الثلاث. الإنصاف (٨/٤٨٢) وإن قال أنت طالق لا رجعة لي عليك وهي مدخول بها فقال أحمد رحمه الله تعالى هذه مثل الخلية والبرية ثلاثًا هكذا هو عندي وهذا مذهب أبي حنيفة وإن قال لا رجعة لي فيها بالواو فكذلك، وقال أصحاب أبي حنيفة تكون رجعية. لأنه لم يصف الطلقة بذلك وإنما عطف عليها. وإن قال أنت طالق واحدة بائنة أو بتة ففيها ثلاث روايات والصحيح من المذهب أنه يقع رجعيًا وهو مذهب الشافعي لأنه وصف الطلقة بما لا تتصف به فلغت الصفة، ولو قال أنت طالق واحدة ثلاثًا وقع ثلاثًا على الصحيح من المذهب. انظر الشرح الكبير (٤/٤٢٨).

(١) على قوله: «ويقع بالخفية ما نواه» هذا المذهب مطلقًا. المبدع (٦/٣١٩).

(٢) على قوله: «فإن لم ينو عددًا وقع واحدة» أي رجعية إن كان مدخولاً بها وإلا بائن المبدع (٦/٣١٩).

(٣) على قوله: «فلا يقع بها طلاق وإن نوى» هذا المذهب بلا ريب لأن اللفظ لا يحتمل الطلاق فلو وقع به الطلاق وقع بمجرد النية. انظر المبدع (٦/٣١٩).

على قوله: «وكذا قوله أنا طالق» يعني لا يقع به طلاق وإن نوى، وكذا لو قال أنا منك طالق وهذا الصحيح من المذهب لأن الزوج ليس محلاً للطلاق. المبدع (٦/٣١٩)

(٤) قوله: «وإن قال أنا منك بائن إلخ» وهذه المسألة توقف أحمد رحمه الله تعالى عنها. أشهرهما أنه لغو لأن الرجل محل لا يقع بإضافة صريحه إليه فلم يقع بإضافة كنايته إليه كالأجنبي والثانية كناية لأن هذا اللفظ يوصف به كل من الزوجين يقال بان منها وبانت منه. المبدع (٦/٣١٩).

ظهارًا[1] وإن قال أنت علي حرام أو ما أحل الله علي حرام ففيه ثلاث روايات إحداهن أنه ظهار وإن نوى الطلاق[2] اختاره الخرقي والثانية كناية ظاهرة والثالثة هو يمين فإن قال ما أحل الله علي حرام أعني به الطلاق فقال أحمد رحمه الله: تطلق امرأته ثلاثًا[3] وإن قال أعني به طلاقًا طلقت ....

---

(١) قوله: «وإن قال أنت عليَّ كظهر أمي إلخ» أي لأنه صريح في الظهار فلم يكن كناية في الطلاق كما لا يكون الطلاق صريحًا في الظهار. المبدع (٦/٣٢٠).

(٢) قوله: «وإن قال أنت علي حرام إلخ» وكذا قوله الحل علي حرام إحداهن أنه ظهار وهو المذهب وقاله عثمان وأبو قلابة وسعيد بن جبير وميمون بن مهران والبتي وروى الأثرم عن ابن عباس رضي الله عنهما في الحرام أنه تحرير رقبة فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين أو إطعام ستين مسكينًا ولأنه صريح في تحريمها وهو من مفردات المذهب، وقال الشافعي إذا قال ذلك وأطلق فلا شيء عليه وله قول آخر عليه كفارة يمين وليس بيمين وقال أبو حنيفة هو يمين وقد روى ذلك عن أبي بكر وعمر بن الخطاب وابن مسعود رضي الله عنهم قال سعيد حدثنا خالد بن عبد الله عن جويبر عن الضحاك أن أبا بكر وعمر وابن مسعود رضي الله عنهم قالوا في الحرام أنه يمين وبه قال ابن عباس رضي الله عنهما وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وعن أحمد رحمه الله ما يدل على ذلك لأن الله تعالى قال: ﴿لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَ﴾ ثم قال: ﴿قَدْ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَـٰنِكُمْ﴾ وقال ابن عباس رضي الله عنهما لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة وعنه كناية نقل حنبل والأثرم الحرام ثلاث حتى لو وجدت رجلاً حرم امرأته وهو يرى أنها واحدة فرقت بينهما مع أن أكثر الروايات عنه كراهة الفتيا في الكناية الظاهرة لاختلاف الصحابة فيها. وممن روى عنه أنه طلاق ثلاث علي وزيد بن ثابت وأبو هريرة والحسن وابن أبي ليلى وهو مذهب مالك في المدخول بها لأن الطلاق نوع تحريم فصح أن يكنى به عنه، وعنه أنه يمين إذا نوى اليمين، وهو مذهب ابن مسعود وقول أبي حنيفة والشافعي، وممن روى عنه عليه كفارة يمين أبو بكر وعمر وابن عباس وعائشة رضي الله عنهم وسعيد بن المسيب والحسن وعطاء وطاوس وسليمان بن يسار وقتادة والأوزاعي، وفي المتفق عليه عن سعيد بن جبير أنه سمع ابن عباس رضي الله عنهما يقول: إذا حرم الرجل عليه امرأته فهي يمين يكفرها، وقال لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة. انظر/ الشرح الكبير (٤/٤٣٢)، المبدع (٦/٣٢٠-٣٢١)، الإنصاف (٨/٤٨٥-٤٨٦).

(٣) قوله: «فإن قال ما أحل الله إلخ» الصحيح من المذهب أن ذلك طلاق فعلى المذهب قطع المصنف هنا أنها تطلق ثلاثًا مطلقًا وقدمه في الخلاصة والهداية والشرح وغيرهم لأنه صريح بلفظ الطلاق ووقع ثلاثًا لأن الطلاق معرف بالألف واللام وهو يقتضي=

واحدة[1] وعنه أنه ظهار فيهما. وإن قال أنت علي كالميتة والدم وقع ما نواه من الطلاق والظهار واليمين[2] فإن لم ينو شيئًا فهل يكون ظهارًا أو يمينًا؟ على وجهين[3]. وإن قال: حلفت بالطلاق وكذب لزمه إقراره في الحكم ولا يلزمه فيما بينه وبين الله تعالى[4].

فصل

وإن قال لامرأته أمرك بيدك فلها أن تطلق ثلاثًا وإن نوى واحدة[5] وهو في يدها

= الاستغراق، وعنه تطلق واحدة إن لم ينو أكثر جزم به في الوجيز والمنور لأنهما يردان لغير الاستغراق لاسيما في أسماء الأجناس. المبدع (٦/٣٢١).

(١) قوله: «وإن قال أعني به إلخ» وهو المذهب. الإنصاف (٨/٤٨٨).

[فائدتان] لو قال فراشي علي حرام فإن نوى امرأته فظهار وإن نوى فراشه فيمين نقله ابن منصور. الإنصاف (٨/٤٨٩).

(الثانية) لو حلف بالطلاق أنه لا حق عليه لزيد فقامت عليه بينة حنث ذكره السامري وابن حمدان. المبدع (٦/٣٢١).

(٢) قوله: «وإن قال أنت علي كالميتة إلخ» وهو المذهب وعليه أكثر الأصحاب. ولو نوى الطلاق و لم ينو عددًا وقعت واحدة قطع به المصنف والشارح. المبدع (٦/٣٢٢).

(٣) قوله: «وإن لم ينو شيئًا إلخ» أحدهما يكون ظهارًا وهو المذهب. الإنصاف (٨/٤٨٩-٤٩٠).

(٤) قوله: «وإن قال حلفت إلخ» هذا المذهب لأنه يحتمل ما قاله ويلزمه في الحكم لأنه خلاف ما أقر به. وقال أحمد في الرجل يقول حلفت بالطلاق و لم يكن حلف هي كذبة ليس عليه يمين وذلك لأن قوله حلفت ليس بحلف وإنما هو خبر عن الحلف فإن كان كاذبًا لم يصر حالفًا كما لو قال حلفت بالله وكان كاذبًا. المبدع (٦/٣٢٢).

[فائدة] يقبل قوله: في قدر ما حلف به وفي الشرط الذي علق اليمين به لأنه أعلم بما قاله، ويمكن حمل كلام أحمد على هذا فيلزمه في الحكم لا فيما بينه وبين الله تعالى. انظر المبدع (٦/٣٢٣).

(٥) قوله: «وإن قال لامرأته إلخ» هذا المذهب وأفتى به أحمد مرارًا لأنها من الكنايات الظاهرة، ورواه النجاد في تاريخه عن عثمان وقاله علي وابن عمر وابن عباس وفضالة ابن عبيد وسعيد بن المسيب وعطاء والزهري قالوا إذا طلقت ثلاثًا فقال لم أجعل لها إلا واحدة لم يلتفت إلى قوله والقضاء ما قضت وعن عمر وابن مسعود أنها طلقة واحدة وبه قال عطاء ومجاهد والقاسم وربيعة ومالك والأوزاعي والشافعي، وقال الشافعي: إن نوى ثلاثًا فلها أن تطلق ثلاثًا وإن نوى غير ذلك لم تطلق ثلاثًا والقول قوله في نيته، وعنه واحدة ما لم ينو أكثر قطع به أبو الفرج وصاحب البصرة=

ما لم يفسخ أو يطأ[1] فإن قال اختاري نفسك لم يكن لها أن تطلق أكثر من واحدة إلا أن يجعل إليها أكثر من ذلك[2] وليس لها أن تطلق إلا ما دامت في المجلس[3] ولم يتشاغـــلا بما يقطعـــه إلا أن يجعل إليها أكثر من

= كاختاري. ولنا ما روى أبو داود والترمذي بإسناد رجاله ثقات عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: هو ثلاث قال البخاري هو موقوف على أبي هريرة رضي الله عنه، ولأنه لفظ يقتضي العموم في جميع أمرها لأنه اسم جنس مضاف فيتناول الطلقات الثلاث، ولا يقبل قوله أردت واحدة لأنه خلاف مقتضى اللفظ ولا يدين. الشرح الكبير (٤/٤٣٥)، المبدع (٦/٣٢٣)

على قوله: «وإن نوى واحدة» هذا المذهب وهو من مفرداته. المبدع ٦/٣٢٣).

(١) قوله: «وهو في يدها إلخ» هذا المذهب نص عليه لقول علي ولم يعرف له مخالف فإن فسخ أو وطئ بطلت الوكالة، وإن جعل أمرها في يد غيرها فكذلك في المسألة الأولى والثانية ووافق الشافعي في أنه إذا جعله في يد غيرها أنه لا يتقيد بالمجلس لأنه وكيل، وقال أصحاب أبي حنيفة: ذلك مقصور على المجلس لأنه نوع تخيير، ولنا أنه وكيل مطلق فكان على التراخي. انظر/الشرح الكبير (٤/٤٣٥)، المبدع (٦/٣٢٣).

(٢) قوله: «وإن قال لها اختاري إلخ» هذا المذهب لأن لفظة التخيير لا تقتضي بمطلقها أكثر من طلقة رجعية قال أحمد هذا قول ابن عمر وابن مسعود وزيد بن ثابت وعمر وعائشة وروى ذلك عن جابر وعبد الله بن عمرو رضي الله عنهم، وقال أبو حنيفة هي واحدة بائنة وهو قول ابن شبرمة لأن اختيارها نفسها يقتضي زوال سلطانه ولا تكون إلا بالبينونة؛ وقال مالك هي ثلاث في المدخول بها لأن المدخول بها لا تبين إلا بالثلاث إلا أن يكون بعوض، ولنا إجماع الصحابة رضي الله عنهم فإن من سمينا منهم قالوا إن اختارت نفسها فهي واحدة وهو أحق بها رواه النجاد بأسانيده، لكن إن جعل إليها أكثر من ذلك سواء جعله بلفظه بأن يقول اختاري ما شئت واختاري الطلقات إن شئت فلها أن تختار ذلك أو جعله بنيته وهو أن ينوي بقوله اختاري عددًا فإنه يرجع إلى ما نواه فإن نوى ثلاثًا أو اثنين أو واحدة فهو على ما نوى وإن أطلق فهي واحدة. الشرح الكبير (٤/٤٣٥-٤٣٦)

[فائدة] لو كرر لفظ الخيار بأن قال اختاري اختاري اختاري، فإن نوى إفهامها فواحدة، وإن نوى ثلاثًا فثلاث قاله أحمد رحمه الله تعالى. الإنصاف (٨/٤٩٢).

(٣) قوله: «وليس لها إلخ» هذا المذهب وهو قول أكثر أهل العلم فيكون فورًا إن اختارت في وقتها وإلا فلا خيار لها بعده روى ذلك عن عمر وعثمان وابن مسعود وجابر رضي الله عنهم وبه قال عطاء وجابر بن زيد ومجاهد والشعبي والنخعي ومالك والثوري والأوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وقال الزهري وقتادة وأبو عبيد وابن المنذر ومالك في رواية هو على التراخي ولها الاختيار في المجلس وبعده ما لم يفسخ=

ذلك[1] فإن جعل لها الخيار اليوم كله أو جعل أمرها بيدها فردته أو رجع فيه أو وطئها بطل خيارها[2] هذا المذهب وخرج أبو الخطاب في كل مسألة وجهًا مثل حكم الأخرى ولفظة الأمر والخيار كناية في حق الزوج تفتقر إلى نية[3] فإن قبلته بلفظ الكناية نحو اخترت نفسي افتقر إلى نيتها أيضًا وإن قالت طلقت نفسي وقع من غير نية وإن اختلفا في نيتها فالقول قولها وإن اختلفا في رجوعه فالقول قوله، وإن قال طلقي نفسك فقالت اخترت نفسي ونوت الطلاق وقع،

= أو يطأ، ولنا أنه قول من سمينا من الصحابة. الشرح الكبير (٤/٤٣٦).

(١) قوله: «ولم يتشاغلا إلخ» هذا المذهب قال أحمد رحمه الله تعالى: إذا قال لامرأته اختاري فلها الخيار ما داموا في ذلك الكلام فإن طال المجلس وأخذوا في كلام غير ذلك ولم تختر فلا خيار لها وهذا مذهب أبي حنيفة ونحوه مذهب الشافعي على اختلاف عنه فإن قام أحدهما عن المجلس قبل اختيارها بطل خيارها وقال أبو حنيفة يبطل بقيامها دون قيامه بناء على أصله أن الزوج لا يملك الرجوع. انظر/ الشرح الكبير (٤/٤٣٦-٤٣٧).

(٢) قوله: «فإن جعل لها الخيار اليوم كله إلخ» هذا المذهب وهو كما قال. الإنصاف (٨/ ٤٩٣)

[فائدة] إذا قال اختاري بنفسك يومًا فابتداؤه من حين نطق إلى مثله من الغد، وإن قال شهرًا فمن ساعة نطق إلى استكمال ثلاثين يومًا إلى مثل تلك الساعة. المبدع (٦/ ٣٢٥).

على قوله: «وخرج أبو الخطاب في كل مسألة وجهًا مثل حكم الأخرى» يعني من حيث التراخي والفورية لا من حيث العدد. المبدع (٦/٣٢٥).

(٣) قوله: «ولفظة الأمر إلخ» لفظة الأمر من الكنايات الظاهرة ولفظة الخيار من الكنايات الخفية يفتقران إلى نية أو كونه بعد سؤالها الطلاق ونحوه، وتقدم الخلاف فيما يقع بكل واحدة منهما. المبدع (٦/٣٢٥).

على قوله: «افتقر إلى نيتها» لأنها موقعة للطلاق بلفظ الكناية فافتقر إلى نيتها كالزوج وإن نوى أحدهما دون الآخر لم يقع لفقد النية ويقع من العدد ما نوياه دون ما نواه أحدهما فلو قالت اخترت نفسي وأنكر وجوده قبل قوله لأنه منكر أشبه ما لو علق طلاقها على دخول الدار فادعته وأنكر. المبدع (٦/٣٢٥-٣٢٦).

على قوله: «فالقول قولها» لأنها أعلم بنيتها. المبدع (٦/٣٢٦).

على قوله: «فالقول قوله» لأنهما اختلفا فيما يختص به كما لو اختلفا في نيته.

على قوله: «وقع» هذا المذهب. المبدع (٦/٣٢٦).

على قوله: «إلا أن يجعل إليها أكثر منها» إما بلفظه أو نيته وهذا المذهب.

ويحتمل أن لا يقع. وليس لها أن تطلق أكثر من واحدة إلا أن يجعل إليها أكثر منها. وإن قال وهبتك لأهلك فإن قبلوها فواحدة وإن ردوها فلا شيء[1]. وعنه إن قبلوها فثلاث وإن ردوها فواحدة، وكذلك إذا قال وهبتك لنفسك.

باب ما يختلف به عدد الطلاق

يملك الحر ثلاث طلقات وإن كان تحته أمة[2] ويملك العبد اثنتين ولو كان تحته

---

(١) قوله: «وإن قال وهبتك لأهلك إلخ» الرواية الأولى المذهب وبه قال ابن مسعود رضي الله عنه وعطاء ومسروق والزهري ومكحول ومالك وإسحاق، وروى عن علي والنخعي إن قبلوها فواحدة بائنة وإن لم يقبلوا فواحدة رجعية، وعن أحمد رحمه الله تعالى مثل ذلك، وعن زيد بن ثابت والحسن إن قبلوها فثلاث وإن لم يقبلوها فواحدة عن أحمد مثل ذلك. وقال ربيعة ويحيى بن سعيد وأبو الزناد ومالك هي ثلاث على كل حال قبلوها أو ردوها. وقال أبو حنيفة فيها كقوله في الكنايات والظاهرة ومثله قال الشافعي، واختلفا ههنا بناء على اختلافهما. ولنا لا تكون ثلاثًا أنه لفظ محتمل فلا يحتمل على الثلاث عند الإطلاق وعلى أنها رجعية أنها طلقة لمن عليها عدة بغير عوض، وقول المصنف أنها واحدة محمول على ما إذا أطلق النية أو نوى واحدة فأما إن نوى ثلاثًا أو اثنتين فهو على ما نوى لأنها كناية غير ظاهرة ولا بد أن ينوي بذلك الطلاق أو ويكون ثم دلالة حال لأنها كناية ولا بد من النية فيها، وكذلك تعتبر النية من الموهوب له ويقع أقلهما إذا اختلفا في النية على الصحيح من المذهب. الشرح الكبير (٤/٤٤٠)، المبدع (٦/٣٢٧).

[فائدة] لو نوى بالهبة والأمر والخيار الطلاق في الحال وقع قاله الأصحاب. انظر/ الإنصاف (٨/٤٩٧).

(٢) قوله: «يملك الحر إلخ» هذا المذهب نص عليه روي ذلك عن عمر وعثمان وزيد وابن عباس، وبه قال سعيد بن المسيب ومالك والشافعي وإسحاق وابن المنذر وعنه أن الطلاق بالنساء فيملك زوج الحرة ثلاثاً وإن كان عبدا وزوج الأمة اثنتين وإن كان حرا روي ذلك عن علي وهو قول ابن مسعود والحسن وابن سيرين وعكرمة وعبيدة ومسروق والزهري والحكم وحماد والثوري وأبي حنيفة لما روت عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ أنه قال: « طلاق الأمة تطليقتان وقرؤها حيضتان » رواه أبو داود وابن ماجه ولنا أن الله تعالى خاطب الرجال بالطلاق فكان حكمه معتبرا بهم وحديث عائشة قال أبو داود راويه مظاهر بن أسلم وهو منكر الحديث وقد أخرجه الدارقطني عن عائشة رضى الله عنها مرفوعا: طلاق العبد اثنتان فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره، وقرء الأمة حيضتان، وتتزوج الحرة على الأمة لا تتزوج الأمة على الحرة. وهذا نص وقال الزركشي الأحاديث في هذا الباب ضعيفة والذي يظهر من الآية الكريمة أن كل زوج يملك الثلاث مطلقا انتهى، قال في الإنصاف: وهو قوي في النظر فعلى=

حـــرة. وعنه أن الطلاق بالنساء فيملك زوج الحرة ثلاثا وإن كان عبدا وزوج الأمـــة اثنتين وإن كان حرا، وإذا قال: أنت الطلاق أو الطلاق لي لازم، ونوى الثلاث طلقت ثلاثاً ، وإن لم ينو شيئاً[1] أو قال أنت طالق ونوى الثلاث ففيه

باب ما يختلف به عدد الطلاق

((**طلقات**)) بفتح الطاء واللام لا غير.

= المذهب لو علق العبد الثلاث بشرط فوجدت بعد عتقه طلقت ثلاثا على الصحيح من المذهب وقيل اثنتين ويملك الثالثة وإن علق الثلاث بعتقه لغت الثالثة ولو عتق بعد طلقة ملك تمام الثلاث ولو عتق بعد طلقتين أو عتقا معا لم يملك ثالثة على الصحيح من المذهب. انظر/ الشرح الكبير(٤/٤٤٢).

(فائدة) المعتق بعضه كالحر على الصحيح من المذهب نص عليه، وقال في الكافي: هو كالقن. انظر الإنصاف (٩/٤).

(١) قوله: ((وإذا قال أنت الطلاق إلخ)) وكذا قوله الطلاق يلزمني أو يلزمني الطلاق أو علي الطلاق ونحوه إذا ثبت ذلك فاعلم أن الصحيح من المذهب أن قوله أنت الطلاق أو الطلاق لي لازم أو الطلاق يلزمني أو يلزمني الطلاق أو علي الطلاق ونحوه صريح في الطلاق منجزا كان أو معلقا بشرط أو محلوفا به نص عليه لأن ذلك صريح في المنصوص لأنه لفظ بالطلاق وهو مستعمل في عرفهم وذكر الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى أن قوله الطلاق يلزمني ونحوه يمين باتفاق العقلاء والأمم والفقهاء وخرجه على نصوص أحمد قال في الفروع: وهو خلاف صريحها وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى أيضاً إن حلف به نحو الطلاق لي لازم ونوى النذر كفر عند أحمد ذكره عنه في الفروع في كتاب الأيمان ونصره في إعلام الموقعين هو والذي قبله وذكر أن الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى اختار عدم الكفارة فيهما وهو مذهب ابن حزم، فعلى المذهب إن لم ينو شيئاً فروايتان إحداهما تطلق ثلاثا صححها في التصحيح قال في الروضة هو قول جمهور أصحابنا لأن الألف واللام للاستغراق فتقتضي استغراق الكل وهو ثلاث والأخرى واحدة وهو المذهب لأنه يحتمل أن تعود الألف واللام إلى معهود يريد الطلاق الذي أوقعته، قال المصنف والأشبه في هذا جميعه أن يكون واحدة في حال الإطلاق لأن أهل العرف لا يعتقدونه ثلاثا ولا يعلمون أن الألف واللام للاستغراق ولهذا ينكر أحدهم أن يكون طلق ثلاثا ولا يعتقد أنه طلق إلا واحدة. وإذا قال لامرأته أنت طالق ثلاثا فهي ثلاث وإن نوى واحدة لا نعلم فيه خلافاً. انظر المبدع(٦/٣٢٩)، الإنصاف(٩/٤-٦).

[فائدة] لو قال الطلاق يلزمني ونحوه لا أفعل كذا وفعله وله أكثر من زوجة فإن كان هناك نية أو سبب يقتضي التعميم أو التخصيص عمل به ومع فقد السبب والنية خرجها بعض الأصحاب على الروايتين في وقوع الثلاث بذلك على الزوجة الواحدة لأن الاستغراق في الطلاق يكون تارة في نفسه وتارة في محله. الإنصاف (٩/٧).

روايتان إحداهما تطلق ثلاثا والأخرى واحدة[(١)]. وإن قال أنت طالق واحدة ونوى ثلاثا لم تطلق إلا واحدة في أحد الوجهين[(٢)]. وإن قال أنت طالق هكذا وأشار بأصابعه الثلاث طلقت ثلاثا[(٣)] وإن قال أردت بعد المقبوضتين قبل منه[(٤)]. وإن قال[(٥)] أنت طالق واحدة بل هذه[(٦)] ثلاثا طلقت الأولى واحدة والثانية ثلاثا[(٧)] وإن قال أنت طالق كل الطلاق أو أكثره أو جميعه أو منتهاه أو

---

(١) قوله: «وإن قال أنت طالق ونوى ثلاثا إلخ» إحداهما: تطلق ثلاثا وهو المذهب على ما اصطلحناه وهو قول مالك والشافعي وأبي عبيد وابن المنذر لأنه لفظه لو قرن به لفظ الثلاث كان ثلاثا فإذا نوى به الثلاث كان ثلاثا كالكنايات والأخرى واحدة وهو المذهب عند أكثر المتقدمين وهي اختيار الخرقي والقاضي وقال عليها الأصحاب واختارها الشريف وأبو الخطاب وابن عقيل وجزم به في الوجيز وهذا قول الحسن وعمرو بن دينار والثوري والأوزاعي وأصحاب الرأي لأن هذا اللفظ لا يتضمن عددا ولا بينونة فلم يقع به الثلاث ولأن قوله أنت طالق إخبار عن صفة هي عليها فلم يتضمن العدد كقوله حائض وطاهر. الشرح الكبير(٤/٤٤٤).

[فائدتان] لو قال أنت طالق طلاقا أو طالق الطلاق ونوى ثلاث طلقت ثلاثا بلا خلاف أعلمه، قال في الإنصاف لأنه صرح بالمصدر والمصدر يقع على القليل والكثير، وإن أطلق وقع في الأولى طلقة وكذا في الثانية على الصحيح من المذهب. الإنصاف (٩/٨).

(الثانية) لو أوقع طلقة ثم قال جعلتها ثلاثا ولم ينو استئناف طلاق بعدها فواحدة ذكره في الموجز والتبصرة واقتصر عليه في الفروع. الإنصاف (٩/٨).

(٢) قوله: «وإن قال أنت طالق واحدة إلخ» وهو المذهب لأن لفظه لا يحتمل أكثر منها فإذا نوى ثلاثا فقد نوى ما لا يحتمله لفظه فلو وقع أكثر من ذلك لوقع بمجرد النية ومجرد النية لا يقع بها طلاق. المبدع(٦/٣٢٩-٣٣٠)، الإنصاف(٨/٩).

[تنبيه] محل الخلاف في هذه المسألة إذا قلنا في المسألة التي قبلها يقع الطلاق الثلاث؛ فإن قلنا تطلق هناك واحدة فههنا أولى. الإنصاف(٨/٩).

(٣) قوله: «وإن قال أنت طالق هكذا إلخ» لأن قوله هكذا صريح بالنسبة بالأصابع في العدد وذلك يصلح بيانا كما قال ﷺ الشهر هكذا وهكذا وهكذا فأما إن قال أنت طالق وأشار بأصابعه الثلاث ولم يقل هكذا لم يقع إلا واحدة لأن إشارته لا تكفي، وتوقف أحمد عن الجواب. انظر/ المبدع(٦/٣٣٠).

(٤) على قوله: «قبل منه» لأنه يحتمل ما يدعيه قال في الإنصاف بلا خلاف أعلمه. المبدع(٦/٣٣٠).

(٥) على قوله: «وإن قال» لإحدى امرأتيه. المبدع(٦/٣٣٠).

(٦) على قوله: «بل هذه» أي الأخرى. المبدع(٦/٣٣٠).

(٧) على قوله: «والثانية ثلاثا» بلا نزاع لأنه أوقعه بهما كذلك أشبه ما لو قال له علي=

طالق كألف أو بعدد الحصى أو القطر أو الريح أو الرمل أو التراب طلقت ثلاثا وإن نوى واحدة[1]، وإن قال أشد الطلاق أو أغلظه أو أطوله أو أعرضه أو ملء الدنيا طلقت واحدة[2]، إلا أن ينوي ثلاثا وإن قال أنت طالق من واحدة إلى ثلاث طلقت طلقتين[3]، ويحتمل أن تطلق ثلاثا، وإن قال أنت طالق طلقة في اثنتين ونوى طلقة مع طلقتين طلقت ثلاثاً[4]، وإن نوى موجبه عند الحساب

= هذا الدرهم بل هذا فإنه يجب عليه الدرهمان ولا يصح إضرابه عن الأول. ولو قال أنت طالق بل هذه طلقتان نص عليه، وإن قال هذه أو هذه وهذه طالق وقع بالثالثة وإحدى الأوليين كهذه أو هذه بل هذه طالق، وقيل يقرع بين الأولى وبين الأخريين كهذه بل هذه أو هذه طالق، وقيل يقرع بين الأوليين والثالثة. المبدع(٦/٣٣٠).

(١) قوله: «وإن قال أنت طالق كل الطلاق إلخ» وهذا المذهب نص عليه كألف لأن هذا يقتضي عددا ولأن للطلاق أقل وأكثر فأقله واحدة وأكثره ثلاث وإن قال كعدد الماء أو التراب وقع ثلاث، وقال أبو حنيفة يقع واحدة بائن لأن الماء أو التراب من أسماء الأجناس لا عدد له، ولنا أن الماء تتعدد أنواعه وقطراته والتراب تتعدد أنواعه وأجزاؤه فأشبه الحصى وإن قال يا مائة طالق أو أنت مائة طالق طلقت ثلاثا وإن قال أنت طالق كمائة أو الألف فهي ثلاث نص عليه وبه قال محمد بن الحسن وبعض أصحاب الشافعي، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف إن لم يكن له نية وقعت واحدة لأنه لم يصرح بالعدد وإنما شبهها بالألف وليس الموقع المشبه به. الشرح الكبير(٤/٤٤٥).

(٢) قوله: «وإن قال أشد الطلاق إلخ» وهذا المذهب قال أحمد رحمه الله تعالى فيمن قال لامرأته أنت طالق ملء البيت فإن أراد الغلظة عليها يعني يريد أن تبين منه فهو ثلاث فاعتبر نيته فدل على أنه إذا لم ينو تقع واحدة وذلك لأن الوصف لا يقتضي عددا وهذا لا نعلم فيه خلافا فإذا وقعت الواحدة فهي رجعية وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة وأصحابه يكون بائنا لأنه وصف الطلاق بصفة زائدة فتقتضى الزيادة عليها وذلك هو البينونة. ولنا أنه طلاق صادف مدخولا بها من غير استيفاء عدد ولا عوض فكان رجعيا، فإن قال أنت مثل الجبل أو مثل عظم الجبل ولا نية له وقعت طلقة رجعية وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة تقع بائنا وقال أصحابه إن كانت مثل الجبل كانت رجعية وإن قال مثل عظم الجبل كانت بائنا، ووجه القولين ما تقدم.انظر/ الشرح الكبير(٤/٤٤٥).

(٣) قوله: «وإن قال أنت طالق من واحدة إلخ» هذا المذهب وبه قال أبو حنيفة لأن ما بعد الغاية لا يدخل فيها كقوله تعالى: ﴿ ثُمَّ أَتِمُّواْ ٱلصِّيَامَ إِلَى ٱلَّيْلِ ﴾ وإنما يدخل إذا كانت بمعنى مع وذلك خلاف موضوعها. الشرح الكبير(٤/٤٤٦).

(٤) على قوله: «طلقت ثلاثا» بلا نزاع لأنه يعبر بفي عن مع كقوله: ﴿ فَٱدۡخُلِي فِي عِبَـٰدِي ﴾ فإن قال أردت واحدة قبل منه وإن كان حاسبا. المبدع(٦/٣٣٢).

وهو يعرفه طلقت طلقتين[١] وإن لم يعرفه فكذلك عند ابن حامد[٢]، وعند القاضي تطلق واحدة[٣] وإن لم ينو وقع بامرأة الحاسب طلقتان[٤]، وبغيرها طلقة[٥] ويحتمل أن تطلق ثلاثا.

فصل

إذا قال: أنت طالق نصف طلقة أو نصفي طلقة أو نصف طلقتين طلقت طلقة[٦] وإن قال: نصفي طلقتين[٧] أو ثلاثة أنصاف طلقت طلقتين[٨] وإن قال: ثلاثة

---

(١) قوله: «وإن نوى موجبه إلخ» بلا نزاع لأن ذلك مدلول اللفظ عندهم وقد نواه وعرفه فيجب وقوعه كما لو قال أنت طالق اثنتين. المبدع(٦/٣٣٢).

(٢) قوله: «وكذلك عند ابن حامد» يعني وإن لم يعرف موجبه عند الحساب ونواه وهذا المذهب قياسا على الحاسب لاشتراكهما في النية. المبدع(٦/٣٣٢).

(٣) قوله: «وعند القاضي إلخ» لأنه لا يصح منه قصد ما لا يعرفه فهو كالأعجمي ينطق بالطلاق العربي ولا يفهمه. المبدع(٦/٣٣٢).

(٤) قوله: «وإن لم ينو إلخ» هذا المذهب لأنه لفظ موضوع في اصطلاحهم لاثنين فوجب العمل به. المبدع(٦/٣٣٢).

(٥) قوله: «وبغيرها» يعني بغير امرأة الحاسب إذا لم ينو شيئاً وهو الصحيح . انظر المبدع(٦/٣٣٢).

[فائدة] إذا طلق زيد امرأته فقال عمرو لزوجته أنت مثلها أو كهي ونوى الطلاق طلقت واحدة وإلا فلا. الإنصاف ٩/١٥).

(٦) قوله: «إذا قال أنت طالق نصف طلقة إلخ» إذا قال أنت طالق نصف طلقة أو جزءا منها وإن قل وقع طلقة كاملة في قول عامة أهل العلم إلا داود وقال لا تطلق بذلك قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أنها تطلق بذلك وإن قال نصف طلقتين طلقت واحدة لأن نصف الطلقتين طلقة وهذا المذهب. الشرح الكبير(٤/ ٤٤٧).

على قوله: «أو نصفي طلقة» طلقت طلقة وهذا المذهب لأن نصفي الشيء جميعه. المبدع (٦/٣٣٣).

(٧) قوله: «وإن قال نصفي إلخ» وهذا المذهب لأن نصفي الشيء جميعه فهو كما لو قال أنت طالق طلقتين. المبدع(٦/٣٣٣).

(٨) قوله: «وإن قال ثلاثة أنصاف إلخ» هذا الصحيح من المذهب أنها تطلق اثنتين لأن ثلاثة الأنصاف طلقة ونصف فكمل النصف فصار طلقتين، وقيل تطلق واحدة وهو وجه الأصحاب الشافعي لأنه جعل الأنصاف من طلقة واحدة فسقط ما ليس منها ويقع طلقة. الشرح الكبير(٤/٤٤٧-٤٤٨).

أنصاف طلقتين طلقت ثلاثا[1] ويحتمل أن تطلق طلقتين. وإن قال نصف طلقة ثلث طلقة سدس طلقة أو نصف وثلث وسدس طلقة طلقت طلقة[2] وإن قال نصف طلقة وثلث طلقة وسدس طلقة طلقت ثلاثا[3]، وإن قال لأربع: أوقعت بينكن طلقة أو اثنتين أو ثلاثا أو أربعا وقع بكل واحدة طلقة، وعنه إذا قال أوقعت بينكن ثلاثا ما أرى إلا قد بن منه[4]واختاره القاضي رحمه الله. وإن قال أوقعت بينكن خمسا فعلى الأول يقع بكل واحدة طلقتان[5] .

---

(١) قوله: ((وإن قال ثلاثة أنصاف طلقتين إلخ)) وهو المذهب نص عليه، ويحتمل أن تطلق طلقتين اختاره ابن حامد لأن معناه ثلاثة أنصاف من طلقتين وذلك طلقة ونصف ثم يكمل فيصير طلقتين قال الناظم وليس بمبعد. ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين، ولنا أن نصف الطلقتين طلقة وقد أوقعه ثلاثا فيقع ثلاثاً. الشرح الكبير(٤/٤٤٨).

(٢) قوله: ((وإن قال نصف طلقة إلخ)) هذا المذهب فيهن لأنه لم يعطف بواو العطف فدل على أن هذه الأجزاء من طلقة غير متغايرة وأن الثاني ههنا يكون بدلا من الأول والثالث من الثاني والبدل هو المبدل أو بعضه. انظر/ المبدع(٦/٣٣٣-٣٣٤).

(٣) قوله: ((فإن قال إلخ)) لأنه عطف جزءاً من طلقة على جزء من طلقة فظاهره أنها طلقات متغايرة ولأنه لو كانت الثانية هي الأولى لجاء بها بلام التعريف فقال ثلث الطلقة وسدس الطلقة. المبدع(٦/٣٣٤).

(٤) قوله: ((وإن قال لأربع إلخ)) إذا قال أوقعت بينكن طلقة وقع بكل واحدة طلقة وهو المذهب وبه قال الحسن والشافعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي لأن اللفظ اقتضى قسمها بينهن لكل واحدة ربعها ثم تكمل، وإن قال بينكن طلقة فكذلك نص عليه، وإن قال أوقعت بينكن طلقتين فكذلك وهو المذهب وهو قول أبي حنيفة والشافعي، وقال أبو بكر والقاضي يقع بكل واحدة طلقتان وعن أحمد ما يدل عليه فإنه روي عنه في رجل قال أوقعت بينكن ثلاث تطليقات ما أرى إلا قد بن منه، والأول أولى. الشرح الكبير(٤/٤٤٨-٤٤٩).

(٥) قوله: ((وإن قال أوقعت بينكن خمسا إلخ)) أي يقع بكل طلقتان على المذهب وبه قال الحسن وقتادة والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي، لأن نصيب كل واحد تطليقة وربع ثم يكمل. وكذلك إن قال ستا أو سبعا أو ثمانيا. وإن أوقع تسعا فأزيد وقع بكل واحدة ثلاث على القولين جميعا. المبدع(٦/٣٣٥، الشرح الكبير(٤/٤٤٩).

[فائدة] لو قال أوقعت بينكن طلقة وطلقة وطلقة وقع بكل واحدة ثلاث على كلا الروايتين لأنه لما عطف وجب قسم كل طلقة طلقة على حدتها على كلا الروايتين على الصحيح من المذهب، ويسوى في ذلك بين المدخول بها وغيرها. الإنصاف ٩/ ١٧-١٨).

فصل

وإن قال نصفك أو جزء منك أو إصبعك[1] أو دمك طالق طلقت[2]، وإن قال شعرك أو ظفرك أو سنك طالق لم تطلق [3] وإن أضافه إلى الريق والدمع والعرق والحمل لم تطلق [4] وإن قال روحك طالق طلقت [5] وقال أبو بكر رحمه الله تعالى لا تطلق.

((**ما أرى**)) أرى: بضم الهمزة. كذا قرأته على المشايخ، وهو ظاهر حال الإمام أحمد، فإنه كان متهيباً للفتوى في كثير من الفتاوى، لا يجزم، بل يقول: أرجو، أو أخاف، ونحو ذلك.

((**بِنَّ منه**)) فعل ماض معتل العين محذوفها لالتقاء الساكنين، مكسور أوله لكون عينه ياء مدغمة لامه في نون ضمير الفاعلات، فنظيره قولك: النساء مِن، بمعنى: كذبن، ولن: كن لينات، والله أعلم.

---

(١) قوله: ((وإن قال نصفك إلخ)) متى طلق جزء من المرأة من أجزائها الثابتة طلقت كلها سواء كان شائعا كنصفها أو سدسها أو جزأ من ألف جزء منها أو جزأ معينا كيدها أو رأسها أو إصبعها وهذا بلا نزاع في المذهب وهذا قول الحسن ومذهب الشافعي وأبي ثور وابن القاسم من أصحاب مالك. انظر/ الشرح الكبير(٤/٤٤٩-٤٥٠).

(٢) قوله: ((وإن قال دمك طالق طلقت)) على الصحيح من المذهب. الإنصاف ٩/١٨).

(٣) قوله: ((وإن قال شعرك إلخ)) هذا المذهب وبه قال أصحاب الرأي، ويحتمل أن تطلق ذكره صاحب المحرر وبه قال مالك والشافعي ونحوه عن الحسن لأنه جزء يستباح بنكاحها، ولنا أنه جزء منفصل عنها في حال السلامة، وفارق الأصبع فإنها لا تنفصل في حال السلامة. الشرح الكبير(٤/٤٥٠).

(٤) قوله: ((وإن أضافه إلخ)) لا نعلم في ذلك خلافا ولو قال سوادك أو بياضك طالق لم تطلق على الصحيح من المذهب. المبدع(٦/٣٣٦).

(٥) قوله: ((وإن قال روحك إلخ)) هذا المذهب لأن الحياة لا تبقى بدون روحها فهي كالدم، وقال أبو بكر لا يختلف قول أحمد في الطلاق والعتاق والظهار والحرام أن هذه الأشياء لا تقع إذا ذكر أربعة أشياء الشعر والسن والظفر والروح ووجهه أن الروح ليست عضوا ولا شيئاً يستمتع به. المبدع(٦/٣٣٦).

[فائدة] حكم العتق في ذلك حكم الطلاق. المبدع(٦/٣٣٦).

فصل فيما تخالف المدخول بها غيرها

إذا قال لمدخول بها أنت طالق أنت طالق طلقت طلقتين[1] إلا أن ينوي بالثانية التأكيد أو إفهامها. وإن قال لها أنت طالق فطالق أو ثم طالق أو بل طالق أو طالق طلقة بل طلقتين أو بل طلقة أو طالق طلقة بعدها طلقة أو قبل طلقة طلقت طلقتين[2] وإن كانت غير مدخول بها بانت بالأولى ولم يلزمها ما

---

(١) قوله: «إذا قال لمدخول بها إلخ» وهذا المذهب لكن يشترط في التأكيد أن يكون متصلاً، فإن نوى بالثانية إيقاع طلقة ثانية وقع بها طلقتان بلا خلاف. المبدع(٦/ ٣٣٦).

[فوائد] لو قال أنت طالق أنت طالق أنت طالق ونوى بالثانية تأكيد الأولى لم يقبل ووقع ثلاثا لعدم اتصال التأكيد. وإن أكد الثانية بالثالثة صح، وإن أطلق فطلقة واحدة. الإنصاف(٢٣/٨).

(الثانية) لو قال أنت طالق طالق طلقت طلقة واحدة ما لم ينو أكثر. الإنصاف (٢٣/٩).

(الثالثة) لو قال أنت مطلقة أنت مسرحة أنت مفارقة وقال أردت تأكيد الأولى بالثانية والثالثة قبل قوله وإن أتى بالواو فهل يقبل منه إرادة التأكيد فيه احتمالات. الإنصاف (٢٤/٩).

(الرابعة) إذا قال أنت طالق أنت طالق ولم يكن له نية وقع طلقتان وبه قال أبو حنيفة ومالك وهو الصحيح من قولي الشافعي وقال في الآخر تطلق واحدة وأما غير المدخول بها فلا تطلق إلا واحدة سواء نوى الإيقاع أو غيره وسواء قال ذلك متصلا أو منفصلا، وهذا قول عكرمة والنخعي وحماد بن أبي سليمان والحكم والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وأبي عبيد وابن المنذر وذكره الحكم عن علي وزيد بن ثابت وابن مسعود، وقال مالك والأوزاعي والليث يقع بها طلقتان وإن قال ذلك ثلاثا طلقت ثلاثا إذا كان متصلا لأنه طلق ثلاثا بكلام متصل أشبه قوله أنت طالق ثلاثا، ولنا أنه طلاق مفرق في غير المدخول بها فلم يقع إلا الأولى كما لو فرق كلامه ولأن غير المدخول بها تبين بطلقة لأنه لا عدة عليها فتصادفها الطلقة الثانية بائنا ولأنه قول من سمينا من الصحابة ولا نعلم لهم مخالفاً في عصرهم فيكون إجماعاً. انظر / الشرح الكبير(٤/ ٤٥٠-٤٥١). المبدع(٦/ ٣٣٦-٣٣٧).

(٢) قوله: «وإن قال أنت طالق فطالق إلخ» وقع طلقتين بقوله أنت طالق فطالق أو ثم طالق أو بل طالق لا أعلم فيه خلافاً قاله في الإنصاف ووقوع طلقتين بقوله أنت طالق طلقة بل طلقتين هو الصحيح من المذهب نص عليه وقال أبو بكر وابن الزغواني تطلق ثلاثا ووقوعه بقوله أنت طالق طلقة بل طلقة هو الصحيح من المذهب وعنه تطلق واحدة فقط ووقوع طلقتين بقوله أنت طالق طلقة قبل طلقة الخ هو الصحيح من المذهب، وقيل تطلق واحدة اختاره القاضي . المبدع(٦/ ٣٣٧)، الإنصاف (٢٤/٩).

بعدها[1]، وإن قال لها أنت طالق طلقة قبلها طلقة فكذلك عند القاضي[2] وعند أبي الخطاب تطلق اثنتين. وإن قال لها أنت طالق طلقة معها طلقة أو مع طلقة أو طالق وطالق طلقت طلقتين[3] والمعلق كالمنجز في هذا[4] فلو قال إن دخلت الدار فأنت طالق وطالق أو طالق طلقة معها طلقة أو مع طلقة فدخلت طلقت طلقتين[5] ولو قال إن دخلت فأنت طالق فطالق أو ثم طالق فدخلت طلقت طلقة واحدة إن كانت غير مدخول بها[6] واثنتين إن كانت مدخولاً بها[7] وإن قال إن دخلت فأنت طالق إن دخلت فأنت طالق فدخلت طلقت اثنتين بكل حال[8].

---

(١) قوله: ((وإن كانت غير مدخول بها إلخ)) يعني في المسائل كلها وتقدم الخلاف في ذلك في أول هذا الفصل ودخل في كلامه أنت طالق طلقة بعدها طلقة أو قبل طلقة وكذا أنت طالق طلقة بعد طلقة فلا يقع عنده بغير المدخول بها إلا واحدة وهو أحد الوجهين وهو مذهب . انظر/ المبدع(٦/٣٣٨)، الإنصاف (٩/٢٦).

(٢) قوله: ((فكذلك عند القاضي)) يعني تبين بطلقة في غير المدخول بها وهذا المذهب وهو ظاهر مذهب الشافعي. وقال أبو بكر وأبو الخطاب يقع اثنتان لأنه استحال وقوع الطلقة الأخرى قبل الطلقة الموقعة فوقعت معها وهذا قول أبي حنيفة. ولنا أنه طلاق بعضه قبل بعض فلم يقع بغير المدخول بها جميعه. المبدع(٦/٣٣٨).

(٣) قوله: ((وإن قال أنت طالق طلقة معها طلقة إلخ)) وقوع طلقتين بقوله أنت طالق طلقة معها طلقة أو مع طلقة لا نزاع فيه في المذهب في المدخول بها وغيرها وإن قال معها اثنتان وقع بها ثلاث في قياس المذهب ووقع طلقتان بقوله أنت طالق وطالق لغير المدخول بها هو الصحيح من المذهب نص عليه لأن الواو ليست للترتيب. المبدع(٦/ ٣٣٩).

(٤) قوله: ((والمعلق إلخ)) وهذا المذهب سواء قدم الشرط أو أخره أو كرره فلو قال إن دخلت الدار فأنت طالق ثم طالق فدخلت طلقت طلقة إن كان غير مدخول بها وثلاثا إن كان مدخولاً بها وهذا المذهب مطلقاً. المبدع(٦/٣٣٩).

(٥) قوله: ((فلو قال إن دخلت الدار إلخ)) أى لأنه وجد شرط وقوعهما معا أشبه ما لو قال طالق اثنين يلحقها ما بعدها. المبدع(٦/٣٣٩).

(٦) قوله: ((إن كانت غير مدخول بها)) أي لأنها تبين بالأولى فيجب أن يلحقها ما بعدها. المبدع(٦/٣٣٩).

(٧) قوله: ((واثنتين إن كانت مدخولاً بها)) أي لأنها لا تبين بالأولى فيتعين إيقاع الثانية. المبدع(٦/٣٣٩).

(٨) قوله: ((طلقت اثنتين بكل حال)) أي لأن التعليق يقتضي إيقاع الطلاق بشرط =

باب الاستثناء في الطلاق

حكي عن أبي بكر رحمه الله تعالى أنه قال: لا يصح الاستثناء في الطلاق والمذهب على أنه يصح استثناء ما دون النصف ولا يصح فيما زاد عليه [1] وفي النصف وجهان [2] فإذا قال: أنت طالق ثلاثا إلا واحدة طلقت اثنتين وإن قال: أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا أو ثلاثا إلا اثنتين أو خمسا إلا ثلاثا أو ثلاثا إلا ربع طلقة طلقت ....

باب الاستثناء في الطلاق

الاستثناء: مصدر استثنيت، وهو إخراج الشيء مما دخل فيه غيره بـــ «**إلا**» أو إحدى أخواتها، فإذا قال: أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة، فقد أخرج الواحدة مما دخل فيه الاثنان وهو لفظ الثلاثة، فالمستثنى: داخل لفظاً غير مراد معنى، والله تعالى أعلم.

= الدخول بها وقد كرر التعليق فيتكرر الوقوع كما لو قال إن دخلت فأنت طالق طلقتين وإن كرر الشروط ثلاثا طلقت ثلاثا في قول الجميع لأن الصفة وجدت فاقتضى وقوع الثلاث دفعة واحدة. انظر/ المبدع(٦/ ٣٤٠).

(١) قوله: «والمذهب أنه يصح استثناء ما دون النصف إلخ» إذا استثنى في الطلاق بلسانه صح استثناؤه وهو قول جماعة أهل العلم، قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا قال لامرأته أنت طالق ثلاثا إلا واحدة أنها تطلق طلقتين منهم الثوري والشافعي وأصحاب الرأي. وقال أبو بكر لا يؤثر الاستثناء في عدد الطلقات ويجوز في المطلقات فلو قال أنت طالق ثلاثا إلا واحدة وقع ثلاث، ولو قال نسائي طوالق إلا فلانة لم تطلق لأن الطلاق لا يمكن رفعه بعد إيقاعه وهذا باطل بما سلمه في المطلقات وليس الاستثناء رفعا لما وقع إذ لو كان كذلك لما صح في المطلقات الإعتاق والإقرار والإخبار وإنما هو مبين أن المستثنى ليس مرادا بالكلام فهو يمنع أن يدخل فيه ما لولاه لدخل كقوله: ﴿ فَلَبِثَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلَّا خَمْسِينَ عَامًا ﴾ وقوله: ﴿ إِنَّنِي بَرَآءٌ مِّمَّا تَعْبُدُونَ ۝ إِلَّا ٱلَّذِي فَطَرَنِي ﴾ ولا يصح فيما زاد عليه وهذا المذهب، ولا يصح استثناء الكل ولا الأكثر نص عليه ونصره في الشرح، والأكثرون على أن ذلك جائز. الشرح الكبير(٤/ ٤٥٥)، المبدع(٦/ ٣٤٠).

(٢) قوله: «وفي النصف وجهان» أحدهما يصح وهو المذهب. المبدع(٦/ ٣٤٠-٣٤١)، الإنصاف (٩/ ٢٩).

ثلاثا[1]، وإن قال: أنت طالق طلقتين إلا واحدة فعلى وجهين وإن قال أنت طالق ثلاثا إلا اثنتين إلا واحدة فهل تطلق ثلاثاً أو اثنتين؟ على وجهين[2]، وإن قال أنت طالق ثلاثا إلا واحدة أو طالق وطالق إلا واحدة أو طلقتين وواحدة إلا واحدة أو طلقتين ونصفا إلا طلقة طلقت ثلاثا[3] ويحتمل أن يقع طلقتان، وإن قال أنت طالق ثلاثا واستثنى بقلبه إلا واحدة وقعت الثلاث[4] وإن قال نسائي طوالق واستثنى واحدة بقلبه لم تطلق[5] .

---

(١) قوله: «وإن قال أنت طالق ثلاثاً إلخ» إذا قال أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا وقع ثلاث بغير خلاف لأن الاستثناء لرفع بعض المستثنى منه فلا يصح أن يرفع جميعه وإن قال ثلاث إلا اثنتين وقع ثلاثا على المذهب بناء على أنه لا يصح استثناء الأكثر وقيل تطلق اثنتين بناء على القول الآخر وإن قال خمسا إلا ثلاثا وقع ثلاث على المذهب لأن الاستثناء إن عاد إلى الخمس فقد استثنى الأكثر وإن عاد إلى الثلاث التي يملكها فقد رفع جميعها وكلاهما لا يصح، وكذا قوله ثلاثا إلا ربع طلقة هو المذهب بلا ريب لأن الطلقة الناقصة تكمل فتصير ثلاثا ضرورة أن الطلاق لا يتبعض. انظر/ المبدع(٦/٣٤١-٣٤٢)، الشرح الكبير(٤/٤٥٥-٤٥٦).

(٢) قوله: «وإن قال أنت طالق ثلاثا إلا اثنتين إلخ» لا يصح الاستثناء من الاستثناء في الطلاق خلافا للرعاية إلا في هذه المسألة في أحد الوجهين أحدهما تطلق اثنتين وهو المذهب لأنه استثنى الواحدة مما قبلها فيبقى واحدة وهي مستثناة من ثلاثة فيصير كقوله أنت طالق ثلاثا إلا واحدة. المبدع(٦/٣٤١).

(٣) قوله: «وإن قال أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا إلا واحدة إلخ» وهو المذهب لأن الاستثناء في الأولى باطل ولا يصح الاستثناء منه وقيل يعود استثناء الواحدة إلى أول الكلام فيقع طلقتان وأما ما بعدها من المسائل ففيها وجهان أحدهما لا يصح الاستثناء وهو المذهب لأن الاستثناء يرفع الجملة الأخيرة بكمالها من غير زيادة عليها فيصير ذكرها واستثناؤها لغوا، وكل استثناء أفضى تصحيحه إلى إلغائه وإلغاء المستثنى منه بطل كاستثناء الجميع. والوجه الثاني يصح الاستثناء ويقع طلقتان لأن العطف بالواو يجعل الجملتين كالجملة الواحدة فيصير مستثنيا واحدة من ثلاث ولذلك لو قال له علي مائة وعشرون إلا خمسين صح والأول مذهب أبي حنيفة والشافعي. الشرح الكبير(٤/ ٤٥٦).

(٤) قوله: «وإن قال أنت طالق إلخ» أما في الحكم فلا يقبل قولا واحدا لأن العدد نص فيما تناوله فلا يرتفع بالنية لأن اللفظ أقوى وأما في الباطن فالصحيح من المذهب أنه لا يدين كما هو ظاهر كلام المصنف. المبدع(٦/٣٤٢-٣٤٣).

(٥) قوله: «وإن قال نسائي إلخ» أي فيقبل فيما بينه وبين الله تعالى قولاً واحداً وظاهر=

باب الطلاق في الماضي والمستقبل

إذا قال لامرأته أنت طالق أمس أو قبل أن أنكحك ينوي الإيقاع وقع[1] وإن لم ينو لم يقع في ظاهر كلامه[2] وقال القاضي رحمه الله يقع وحكي عن أبي بكر لا يقع إذا قال أنت طالق أمس ويقع إذا قال: قبل أن أنكحك وإن قال: أردت أن زوجا قبلي طلقها أو طلقتها أنا في نكاح قبل هذا قبل منه إذا احتمل الصدق في

«**أمس**»: اسم مبني على الكسر، معرفة، ومن العرب من يعربه، فإن دخله الألف واللام، كقولك: مضى الأمس المبارك، أو أضيف، كقولك: مضى أمسنا، أو صار نكرة، كقولك: كل غد صائر أمسا، كان معرباً.

= كلام المصنف أنه يقبل في الحكم أيضاً وهو الصحيح من الروايتين والمذهب منهما لأنه لا يسقط اللفظ وإنما استعمل العموم في الخصوص وذلك سائغ، والثانية لا يقبل وهو مذهب الشافعي واختاره ابن حامد. الشرح الكبير(٤/٤٥٨)، المبدع(٦/٣٤٣).
[فائدتان] لو قال نسائي الأربع طوالق واستثنى واحدة بقلبه طلقت في الحكم على الصحيح من المذهب. الإنصاف (٩/٣٥-٣٦).
(الثانية) يعتبر للاستثناء والشرط ونحوهما اتصال معتاد لفظا أو حكما كانقطاعه بنفس ونحوه قال القاضي وغيره وقطع به في المحرر وغيره ويعتبر أيضاً نيته قبل تكميل ما ألحقه به قال في القواعد الأصولية وهو المذهب. وقيل يصح بعد تكميل ما ألحقه به قطع به في المبهج والمستوعب والمغني والشرح قال في الترغيب هو ظاهر كلام أصحابنا واختاره الشيخ تقي الدين وقال دل عليه كلام أحمد وعليه متقدمو أصحابه، وقال لا يضر فصل يسير بالنية وبالاستثناء. انظر/ الإنصاف (٩/٣٦).

(١) قوله: «ينوى الإيقاع وقع» وهذا المذهب لأنه اعترف على نفسه بما هو أغلظ. المبدع(٦/٣٤٤).

(٢) قوله: «وإن لم ينو لم يقع إلخ» هذا المذهب وهو من مفرداته، وقول القاضي هو مذهب الشافعي لأنه وصف الطلقة بما لا تتصف به فلغت الصفة ووقع الطلاق كما لو قال لمن لا سنة لها ولا بدعة أنت طالق للسنة، ووجه الأول أن الطلاق وقع للاستباحة ولا يمكن رفعها في الزمن الماضي فلم يقع كما لو قال أنت طالق قبل قدوم زيد، بيومين فقدم اليوم فإن الأصحاب لم يختلفوا في أن الطلاق لا يقع وهو قول أكثر أصحاب الشافعي وهذا طلاق في زمن ماض وتعليل قول أبي بكر أن قوله أمس لا يمكن وقوع الطلاق فيه وقبل تزوجها متصور الوجود فإنه يمكن أن يتزوجها ثانيًا وهذا الوقت قبله فوقع في الحال كما لو قال أنت طالق قبل قدوم زيد الشرح الكبير(٤/٤٥٩-٤٦٠)، المبدع(٦/٣٤٤).

ظاهر كلام أحمد ﷺ[1] وإن مات أو جن أو خرس قبل العلم بمراده فهل تطلق على وجهين[2] وإن قال: أنت طالق قبل قدوم زيد بشهر فقدم قبل مضي الشهر لم تطلق[3] وإن قدم بعد شهر وجزء يقع فيه الطلاق تبينا وقوعه فيه[4] وإن خالعها بعد اليمين بيوم وكان الطلاق بائنا ثم قدم زيد بعد الشهر بيومين صح الخلـــع وبطل الطلاق[5]. وإن قدم بعد شهر وساعة وقع الطلاق دون

«**أو خرس**» هو بكسر الراء: إذا ذهب نطقه.

---

(١) قوله: «وإن قال أردت أن زوجا إلخ» أما فيما بينه وبين الله تعالى فيدين على الصحيح من المذهب وأما في الحكم فظاهر كلام المصنف أنه يقبل في الحكم أيضاً وهو مقيد بما إذا لم تكذبه قرينة من غضب أو سؤالها الطلاق ونحوه فلا يقبل قولاً واحداً وكلام المصنف هو المذهب وإحدى الروايتين لأنه فسره بما يحتمله. المبدع(٦/ ٣٤٤).

[تنبيه] ظاهر قوله: «قبل منه إلخ» أنه يشترط أن يكون ذلك وجد منه أو من الزوج الذي قبله وهو قول أبي الخطاب وقدمه في الشرح وغيره، وقال القاضي يقبل مطلقاً وقدمه في الفروع. انظر/ الإنصاف (٩/٣٩).

(٢) قوله: «فإن مات إلخ» أحدهما لا تطلق وهو الصحيح من المذهب. المبدع(٦/٣٤٤).

(٣) قوله: «وإن قال أنت طالق قبل قدوم زيد بشهر إلخ» وكذا إذا قدم مع الشهر وهو المذهب حتى قال المصنف والشارح في المسألة الأولى لم تطلق بغير اختلاف من أصحابنا وهو قول أكثر أصحاب الشافعي لأنه تعليق للطلاق على صفة ممكنة الوجود فوجب اعتبارها وأما في الثانية فلأنه لابد من جزء يقع الطلاق فيه. الشرح الكبير(٤/ ٤٦٠).

(٤) قوله: «وإن قدم بعد شهر إلخ» هذا بلا نزاع وبه قال الشافعي وزفر وقال أبو حنيفة وصاحباه يقع عند قدوم زيد لأنه جعل الشهر شرطا لوقوع الطلاق فلا يسبق الطلاق شرطه. ولنا أنه أوقع الطلاق في زمن على صفة فإذا حصلت الصفة وقع فيه. الشرح الكبير(٤/٤٦٠).

[فائدة] لها النفقة من حين التعليق إلى أن يتبين وقوع الطلاق. انظر الإنصاف ٩/٤١).

على قوله: «تبينا وقوعه فيه» وإن وطأه محرم فإن كان وطئ لزمه المهر. المبدع(٦/٣٤٥).

(٥) قوله: «صح الخلع وبطل الطلاق» هذا الصحيح لا خلاف فيه لأن الطلاق لم يصادفها إلا بائناً والبائن لا يقع عليها الطلاق. المبدع(٦/٣٤٥).

الخلع[1] وإن قال: أنت طالق قبل موتي طلقت في الحال[2]، قال: وإن قال: بعد موتي أو مع موتي لم تطلق[3] وإن تزوج أمة أبيه ثم قال إذا مات أبي أو اشتريتك فإنك طالق فمات أبوه أو اشتراها لم تطلق[4] ويحتمل أن تطلق فإن كانت مدبرة

---

(١) قوله: ((وإن قدم بعد شهر إلخ)) بلا خلاف قاله في الإنصاف لأنها طلقت في الساعة وهى زوجة ولأن الخلع صادفها بائنا وخلع البائن غير صحيح وحينئذ لها الرجوع بالعوض إلا أن يكون الطلاق رجعيا لأن الرجعية يصح خلعها ما لم تنقض عدتها. انظر/ المبدع(٦/٣٤٥)، الإنصاف (٩/٤١).

[فائدة] وكذا الحكم لو قال أنت طالق قبل موتي بشهر لكن لا إرث لبائن لعدم التهمة، ولو قال إذا مت فأنت طالق قبله بشهر لم يصح لأنه أوقعه بعده فلا يقع قبله لمضيه. انظر/ الإنصاف (٩/٤١).

(٢) قوله: ((وإن قال أنت طالق قبل موتي إلخ)) وهذا المذهب وعليه الأصحاب لأن ما قبل موته من حين عقد الصفة محل للطلاق فوقع في أوله وإن قال قبل موتك أو موت زيد فكذلك. وإن قال أنت طالق قبيل موتي أو قبيل قدوم زيد لم يقع في الحال وإنما يقع ذلك في الجزء الذي يليه الموت لأن ذلك تصغير يقتضى الجزء الصغير الذي يبقى. وإن قال أنت طالق قبل قدوم زيد أو قبل دخول الدار فقال القاضي تطلق في الحال سواء قدم زيد أو لم يقدم. المبدع(٦/٣٤٥-٣٤٦).

(٣) قوله: ((وإن قال مع موتي إلخ)) بلا نزاع بين الأصحاب نص عليه وكذا إن قال بعد موتك أو مع موتك وبه قال الشافعي ولا نعلم فيه مخالفا لأنها تبين بموت أحدهما فلا يصادف الطلاق نكاحاً يزيله. الشرح الكبير(٤/٤٦١).

[فائدتان] لو قال أنت طالق يوم موتي ففي وقوع الطلاق وجهان: أحدهما تطلق في أوله قال في الإنصاف وهو الصواب، والثاني لا تطلق. الإنصاف (٩/٤٢).

(الثانية) لو قال أطولكما حياة طالق فبموت إحداهما يقع الطلاق بالأخرى إذا على الصحيح من المذهب، وقيل تطلق وقت يمينه. الإنصاف (٩/٤٢).

(٤) قوله: ((وإن تزوج أمة أبيه إلخ)) ما قدمه المصنف هو اختيار القاضي في المحرر وابن عقيل في الفصول وجزم به في الوجيز وقدمه في الكافي والنظم قال ابن منجا في شرحه هذا المذهب لأنه بالموت والشراء يملكها فينفسخ نكاحها بالملك وهو زمن الطلاق فلم يقع والاحتمال هو المذهب قال في الشرح هذا أظهر قال أبو الخطاب هو الصحيح واختاره القاضي في الخلاف والجامع والشريف وابن عقيل في عمد الأدلة وغيرهم لأن الموت سبب ملكها وطلاقها وفسخ النكاح يترتب على الملك فيوجد الطلاق في زمن الملك السابق على الفسخ فيثبت حكمه. المبدع(٦/٣٤٦).

[فائدة] لو قال إذا ملكتك فأنت طالق فمات الأب أو اشتراها لم تطلق على الصحيح من المذهب، قال في المحرر والحاوى الصغير: لم تطلق وجهاً واحداً. انظر الإنصاف(٩/٤٣).

فمات أبوه وقع الطلاق والعتق معا[1].

فصل

وإن قال أنت طالق لأشربن الماء الذي في الكوز ولا ماء فيه أو لأقتلن فلاناً الميت أو لأصعدن السماء أو لأطيرن أو إن لم أصعد السماء ونحوه طلقت في الحال[2] وقال أبو الخطاب في موضع لا تنعقد يمينه. وإن قال أنت طالق إن شربت ماء الكوز ولا ماء فيه أو صعدت السماء أو شاء الميت والبهيمة لم تطلق في أحد الوجهين وتطلق في الآخر[3]، وإن قال أنت طالق اليوم إذا جاء غد فعلى وجهين[4] وقال القاضي لا تطلق.

«**لأشربن ماء الكوز، ولأقتلن، ولأصعدن، ولأطيرن**» أكد الجميع بالنون، لأنه

---

(١) قوله: «فإن كانت مدبرة إلخ» أي إن قال الأب إذا مت فأنت حرة وقال الابن إذا مات أبي فأنت طالق وكانت تخرج من الثلث ثم مات الأب وقع العتق والطلاق لأنه لا تنافي بينهما. المبدع(٦/٣٤٦-٣٤٧).

(٢) قوله: «وإن قال أنت طالق لأشربن الماء إلخ» هذا تعليق بعدم وجود المستحيل وعدم فعله ومن جملة أمثلته إن لم أشرب ماء الكوز ولا ماء فيه أو إن لم أطر وهو المذهب وصححه المصنف والشارح كما لو قال أنت طالق إن لم أبع عبدى فمات العبد ولأنه علق الطلاق على نفى فعل المستحيل وعدمه معلوم في الحال وفي الثاني فوقع الطلاق. المبدع(٦/٣٤٧).

(٣) قوله: «ولو قال أنت طالق إن شربت ماء الكوز إلخ» المذهب أنها لا تطلق لأنه علق الطلاق بصفة لم توجد ولأن ما لا يقصد تنفيذه يعلق على المحال كقوله تعالى: ﴿ وَلَا يَدۡخُلُونَ ٱلۡجَنَّةَ حَتَّىٰ يَلِجَ ٱلۡجَمَلُ فِي سَمِّ ٱلۡخِيَاطِ ﴾ وكقول الشاعر:

إذا شاب الغراب أتيت أهلي وعاد القار كاللبن الحليب. المبدع(٦/٣٤٨).

(٤) قوله: «وإن قال أنت طالق اليوم إلخ» أحدهما لا تطلق مطلقا بل هو لغو وهو الصحيح من المذهب. المبدع(٦/٣٤٨-٣٤٩).

[فائدة] لو قال أنت طالق ثلاثا على مذهب السنة والشيعة واليهود والنصارى فقال القاضي في الدعاوى من حواشي التعليق: تطلق ثلاثا لاستحالة الصفة لأنه لا مذهب لهم ولقصده التأكيد انتهى. قال في الإنصاف ويقرب من ذلك قوله أنت طالق على سائر المذاهب لاستحالة الصفة والظاهر أنه أراد التأكيد بل هذه أولى من التى قبلها ولم أرها للأصحاب وقال: أبو نصر بن الصباغ والدامغاني من الشافعية تطلق في الحال قال أبو نصر بن الصباغ وسمعت من رجل فقيه كان يحضر عند أبي الطيب أن القاضي قال لا يقع لأنه لا يكون قد أوقع ذلك على المذاهب كلها، قال ابن منصور ولا بأس بهذا القول. انظر/ الإنصاف (٩/٤٦).

فصل في الطلاق في زمن مستقبل

إذا قال أنت طالق غداً أو يوم السبت أو في رجب طلقت بأول ذلك[1] وإن قال أنت طالق اليوم أو في هذا الشهر طلقت في الحال[2] فإن قال أردت في آخر هذه الأوقات[3] دين وهل يقبل في الحكم؟ يخرج على روايتين. وإن قال أنت طالق اليوم وغدا وبعد غد أو في اليوم وفي غد

جعل جوابا للقسم، أجرى قوله: أنت طالق مجرى القسم، فصار كقولك: والله لأشربن.

((**صعدت**))بكسر العين، والتاء، أي: طلعت.

---

(١) قوله: ((إذا قال أنت طالق غدا إلخ)) هذا بلا نزاع فيقع الطلاق في أول جزء من الليلة الأولى منه وذلك حين تغرب الشمس من آخر الشهر الذي قبله وبهذا قال أبو حنيفة. وقال أبو ثور يقع الطلاق في آخره. ولنا أنه جعل الشهر ظرفا للطلاق فإذا وجد ما يكون ظرفا له طلقت كما لو قال إذا دخلت الدار فأنت طالق فإذا دخل أول جزء منها طلقت فأما إن قال إن لم أقضك في شهر رمضان فامرأتي طالق لم تطلق حتى يخرج رمضان قبل قضائه وفي الموضعين لا يمنع من وطء زوجته قبل الحنث وقال مالك يمنع وكذلك كل يمين على فعل يفعله يمنع الوطء قبل فعله لأن الظاهر أنه على حنث. ولنا أن طلاقه لم يقع فلا يمنع من الوطء لأجل اليمين كما لو حلف لا فعلت كذا، ولو صح ما ذكره لوجب إيقاع الطلاق. الشرح الكبير(٤/٤٦٣).

(٢) قوله: ((وإن قال أنت طالق اليوم إلخ)) قال في الإنصاف بلا خلاف أعلمه وكذلك لو قال أنت طالق في الحول طلقت في أوله على الصحيح من المذهب وعنه لا يقع إلا في رأس الحول اختاره ابن أبي موسى قال في الفروع وهو أظهر. المبدع(٦/٣٥٠)، الإنصاف (٩/٤٧).

(٣) قوله: ((وإن قال أردت إلخ)) إذا قال أنت طالق غدا أو يوم السبت وقال أردت في آخر ذلك فقطع المصنف أنه يدين وجزم به في المغني والشرح وغيره لأن آخر الشهر منه فإرادته له لا تخالف ظاهر لفظه وكذلك أوسطه إذ ليس أوله بأولى في ذلك من وسطه وآخره بل ربما كان آخره أولى لأنه متيقن وما قبله مشكوك فيه، وقال في الفروع: والمنصوص أنه لا يدين وقدمه في المحرر ومال إليه الناظم وهو المذهب، وأما ما عدا هاتين المسألتين فقطع المصنف أيضاً أنه يدين وهو المذهب. انظر المبدع(٦/٣٥٠)، الإنصاف(٩/٤٧).

وفي بعده فهل تطلق ثلاثا أو واحدة؟ على وجهين[1] وقيل تطلق في الأولى واحدة وفي الثانية ثلاثاً[2] وإن قال أنت طالق اليوم إن لم أطلقك اليوم طلقت في آخر جزء منه وقال أبو بكر لا تطلق[3] وإن قال أنت طالق يوم يقدم زيد فماتت غدوة وقدم بعد موهّا فهل وقع بها الطلاق؟ على وجهين[4] وإن قال أنت طالق في غد إذا قدم زيد فماتت قبل قدومه لم تطلق[5] وإن قال أنت طالق

---

(١) قوله: ((وإن قال أنت طالق اليوم إلخ)) أحدهما تطلق واحدة كقوله أنت طالق كل يوم صححه في الانتصار إلا أن ينوي أكثر، ولأنها إذا طلقت اليوم فهي طالق في غد وفي بعده والثاني ثلاثا لأن ذكره لأوقات الطلاق يدل على مقداره. المبدع(٦/ ٣٥٠).

(٢) قوله: ((وقيل إلخ)) وهذا هو المذهب، لأن من طلقت في اليوم الأول يصح أن يقال هي طالق في الثاني والثالث، وأما في الثانية فلأن إعادة ((في))تقتضي فعلا فكأنه قال أنت طالق في اليوم وأنت طالق في غد وأنت طالق في بعد غد، قال في الفروع ويتوجه أن يخرج أنت طالق كل يوم أو في كل يوم على هذا الخلاف. المبدع(٦/ ٣٥١).

[فائدة] إذا قال أنت طالق إلى رمضان أو إذا كان رمضان أو إلى هلال رمضان أو في هلال رمضان طلقت ساعة يستهل إلا أن يقول من الساعة إلى الهلال فتطلق في الحال. وإن قال أنت طالق في مجئ ثلاثة أيام طلقت في أول اليوم الثالث.

(٣) قوله: ((وإن قال أنت طالق اليوم إلخ)) وهو المذهب نص عليه لأن خروج اليوم يفوت به طلاقها فوجب وقوعه قبله في آخر وقت الإمكان كما لو مات أحدهما في اليوم وهذا قول أصحاب الشافعي. وقال أبو بكر لا تطلق وقدمه في الخلاصة والرعايتين والنظم، لأن شرط طلاقها خروج اليوم وبخروجه يفوت محل طلاقها. الشرح الكبير(٤/ ٤٦٤).

(٤) قوله: ((وإن قال أنت طالق يوم إلخ)) أحدهما يقع بها الطلاق من أول اليوم وهو الصحيح من المذهب قال في الشرح وهو أولى كما لو قال أنت طالق يوم الجمعة .

على قوله: ((وقدم بعد موهّا)) يعني في ذلك اليوم. المبدع(٦/ ٣٥١).

(٥) قوله: ((وإن قال أنت طالق في غد إلخ)) هذا أحد الوجهين جزم به في الكافي والشرح والنظم والوجيز وغيرهم لأن الوقت الذي أوقع طلاقها فيه لم يأت وهى محل للطلاق فلم تطلق كما لو ماتت قبل دخول ذلك اليوم والوجه الثاني تطلق وهو المذهب قال في المستوعب: ذكر أصحابنا أنه يحكم بطلاقها بناء على ما إذا نذر أن يصوم غدا إذا قدم زيد فقدم وقد أكل فإنه يلزمه قضاؤه لأن نذره انعقد فعلى المذهب يقع الطلاق عقيب قدومه. المبدع(٦/ ٣٥٢).

على قوله: ((فماتت قبل قدومه لم تطلق)) وقيل تطلق وهو المذهب فعلى المذهب يقع الطلاق عقب قدومه على الصحيح. انظر/ الإنصاف (٩/ ٥٣).

اليوم غدا طلقت اليوم واحدة[1] إلا أن يريد طالق اليوم وطالق غدا[2] أو نصف طلقة اليوم ونصفها غدا فتطلق اثنتين[3] وإن نوى نصف طلقة اليوم وباقيها غدا احتمل وجهين[4]. وإن قال أنت طالق إلى شهر طلقت عند انقضائه[5] إلا أن ينوي طلاقها في الحال[6]. وإن قال أنت طالق في آخر الشهر[7] أو أول آخره طلقت بطلوع فجر آخر يوم منه[8] وإن قال في آخر أوله طلقت في آخر يوم من

---

(١) قوله: «وإن قال أنت طالق اليوم غدا إلخ» أي لأن من طلقت اليوم فهي طالق غداً. المبدع(٦/٣٥٢).

(٢) قوله: «إلا أن يريد إلخ» أي فتطلق اثنتين قال في الإنصاف بلا خلاف أعلمه. المبدع(٦/٣٥٢).

(٣) قوله: «وإن أراد نصف طلقة إلخ» وهذا الصحيح من المذهب لأن كل نصف يكمل. المبدع(٦/٣٥٢).

(٤) قوله: «وإن نوى إلخ» أحدهما تطلق واحدة وهو الصحيح من المذهب لأنه إذا قال نصفها اليوم كملت فلم يبق لها بقية تقع غدا ولم يبق شيء غيرها لأنه ما أوقعه. المبدع(٦/٣٥٢-٣٥٣).

(٥) قوله: «وإن قال أنت طالق إلى شهر إلخ» وكذا إلى حول وهذا المذهب بشرطه روي ذلك عن ابن عباس وأبي ذر وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة تطلق في الحال لأن قوله أنت طالق إيقاع في الحال وقوله إلى شهر كذا توقيت له وغاية وهو لا يقبل التأقيت فوقع في الحال. ولنا أن ذلك قد روي عن ابن عباس وأبي ذر ولأنه جعل ذلك غاية للطلاق ولا غاية لآخره فوجب أن يجعل غاية لأوله ولأن هذا يحتمل أن يكون موقتا لإيقاعه فلم يقع الطلاق بالشك، وعنه تطلق إذا كنيته. الشرح الكبير(٤/٤٦٦).

(٦) قوله: «إلا أن ينوي إلخ» أى فتطلق في الحال وهذا المذهب. المبدع(٦/٣٥٣).

[فائدة] إذا قال أنت طالق من اليوم إلى سنة طلقت في الحال لأن «من» لابتداء الغاية فتقتضى أن طلاقها في اليوم فإن أراد وقوعه بعد سنة لم يقع إلا بعدها وإن قال أردت تكرير طلاقها من حين لفظت به إلى سنة طلقت من ساعتها ثلاثا إذا كانت مدخولاً بها. انظر/المبدع(٦/٣٥٣).

(٧) قوله: «وإن قال أنت طالق في آخر الشهر إلخ» هذا أحد الأوجه واختاره الأكثر لأن آخر الشهر آخر يوم منه ولأنه إذا علق الطلاق على وقت تعلق بأوله وقيل تطلق بغروب شمس الخامس عشر منه وقيل تطلق في آخر جزء منه قدمه في الفروع قال في الإنصاف وهو الصواب وهو المذهب على ما اصطلحناه في الخطبة. الإنصاف (٩/٥٥).

(٨) قوله: «أو أول آخر» يعني لو قال أنت طالق في أول آخر الشهر طلقت بطلوع فجر آخر يوم منه وهو المذهب فعلى المذهب يحرم وطؤه في تاسع عشرين. المبدع(٦/٣٥٣).

أوله[1]، قال أبو بكر تطلق في المسألتين بغروب شمس الخامس عشر منه. وإن قال إذا مضت سنة فأنت طالق طلقت إذا مضى اثنا عشر شهراً بالأهلة ويكمل الشهر الذي حلف في أثنائه بالعدد[2] وإن قال: إذا مضت السنة فأنت طالق طلقت بانسلاخ ذي الحجة[3] وإن قال: أنت طالق في كل سنة طلقة طلقت الأولى في الحال والثانية في أول المحرم وكذا الثالثة فإن قال: أردت بالسنة اثني عشر شهرا دين. وهل يقبل في الحكم؟ يخرج على روايتين[4]. وإن قال:

«طلقت الأولى في الحال، والثانية في أول المحرم، وكذلك الثالثة»:

الأولى: منصوب تقديراً على المصدر، والثانية: معطوف عليه، ويجوز رفعها، أي: وتقع الثانية، وأما الثالثة، فالجيد رفعها بالابتداء، والخبر «**وكذلك**» ويجوز النصب على المصدر، أي: وكذلك تطلق الثالثة، أي: الطلقة الثالثة.

---

(١) قوله: «وإن قال في آخر أوله إلخ» هذا أحد الوجوه لأن ذلك آخر يوم من أوله قال ابن المنجا في شرحه هذا المذهب، قال المصنف في المغني والشارح هذا أصح، وقيل تطلق بطلوع فجر أول يوم منه وهو المذهب. المبدع(٦/٣٥٣).

(٢) قوله: «وإن قال إذا مضت سنة إلخ» هذا المذهب لأن السنة كلها معتبرة بالأهلة لأنها السنة التي جعلها الله مواقيت للناس بالنص فإذا حلف في أول الشهر طلقت إذا مضى اثنا عشر شهرا بالأهلة وإن كان الحلف في أثناء الشهر وجب تكميل الشهر بالعدد ثلاثين يوما وعنه يكمل بالعدد وعند الشيخ تقي الدين إلى مثل تلك الساعة. المبدع(٦/٣٥٤).

(٣) قوله: «وإن قال إذا مضت السنة إلخ» قال في الإنصاف بلا خلاف أعلمه لأنه لما ذكرها بلام التعريف انصرف إلى السنة المعروفة وهي التي آخرها ذو الحجة فإن قال أردت بالسنة اثني عشر شهرا دين، وهل يقبل في الحكم؟ على روايتين إحداهما يقبل وهو المذهب. انظر/ المبدع(٦/٣٥٤).

(٤) قوله: «وهل يقبل في الحكم إلخ» إحداهما يقبل وهو المذهب. المبدع(٦/٣٥٥).

[تنبيه] محل هذا إذا دخلت عليها السنتان وهي في نكاحه أو ارتجعها في عدة الطلاق أو جدد نكاحها بعد أن بانت فإن انقضت عدتها بانت منه فإذا دخلت الثانية لم تطلق وكذا الثالثة إذا دامت بائنا حتى انقضت الثانية والثالثة، ولو نكحها في السنة الثانية أو الثالثة وقعت الطلقة عقب العقد جزم به في الفروع وقال في المغني اقتضى قول أصحابنا وقوع الطلاق عقب تزويجه بها إذا تزوجها في أثناء السنة الثانية لأنه جزء من السنة الثانية التي جعلها ظرفا للطلاق. قال وقال القاضي تطلق بدخول السنة الثالثة وإن كان نكاحها في السنة الثالثة طلقت بدخول السنة الرابعة انتهى. ومحل هذا أيضا على المذهب، فأما على قول أبي الحسن التميمي ومن وافقه فتنحل الصفة بوجودها في حال البينونة فلا تعود بحال. المبدع(٦/٣٥٤-٣٥٥).

أردت أن يكون ابتداء السنين المحرم دين ولم يقبل في الحكم[1] وإن قال: أنت طالق يوم يقدم زيد فقدم زيد ليلا لم تطلق[2] إلا أن يريد باليوم الوقت فتطلق[3] وإن قدم به ميتا أو مكرها لم تطلق[4].

باب تعليق الطلاق بالشروط

يصح ذلك من الزوج ولا يصح من الأجنبي فلو قال: إن تزوجت فلانة وإن تزوجت امرأة فهي طالق لم تطلق إذا تزوجها[5]، وعنه تطلق وإن قال: لأجنبية

---

(١) قوله: «وإن قال أردت إلخ» وهو المذهب لأنه خلاف الظاهر، قال المصنف: والأولى أن يخرج على روايتين.

(٢) قوله: «وإن قال يوم يقدم إلخ» وهو المذهب نص عليه لأنه لم يوجد الشرط إذ اليوم اسم لبياض النهار ولم يوجد. المبدع(٦/٣٥٥).

(٣) قوله: «إلا أن يريد إلخ» أى فتطلق بلا خلاف نعلمه قاله في الإنصاف (٨/٥٩).

[تنبيه] مفهوم قوله فقدم ليلا أنه لو قدم نهارا طلقت وهو صحيح بلا خلاف إذا قدم حيا عند الجمهور قال الخلال يقع قولا واحدا فعلى المذهب في وقت وقوع الطلاق وجهان أحدهما تطلق من أول النهار وهو المذهب جزم به في المغني والشرح والوجه الثاني تطلق عقيب قدومه، وفائدة الخلاف الإرث وعدمه. الإنصاف(٨/٥٩).

(٤) قوله: «وإن قدم ميتا إلخ» هذا المذهب وهو قول الشافعي لأن الفعل ليس منه والفعل لا ينسب إلى غير فاعله إلا مجازا، وقال أبو بكر في التنبيه تطلق وهو رواية، ومحل الخلاف إذا لم يكن نية أما مع النية فيحمل الكلام عليها بلا إشكال. انظر/ الشرح الكبير(٤/٤٦٨).

(٥) قوله: «ولا يصح من الأجنبي فلو قال إلخ» اختلف الرواية عن أحمد رحمه الله تعالى في هذه المسألة فالمشهور عنه أنه لا يقع وهو المذهب وهو قول أكثر أهل العلم روى ذلك عن سعيد بن المسيب وبه قال عطاء والحسن وعروة وجابر بن زيد وسوار القاضي والشافعي وأبو ثور وابن المنذر ورواه الترمذي عن علي ﷺ وجابر بن عبد الله وسعيد بن جبير وعلى بن الحسين وشريح، وروي عن أحمد ما يدل على وقوع الطلاق قال في الفروع وعنه صحة قوله لزوجته من تزوجت عليك فهي طالق أو قوله لعتيقته إن تزوجتك فأنت طالق أو قوله لرجعيته إن راجعتك فأنت طالق ثلاثا أراد التغليظ عليها وهذا قول الثوري وأصحاب الرأي لأنه يصح تعليقه على الأخطار فصح تعليقه على حدوث الملك كالوصية والأول أصح لقوله عليه الصلاة والسلام «لا طلاق ولا عتاق لابن آدم فيما لا يملك» رواه أحمد وأبو داود والترمذي بإسناد جيد من حديث عمرو بن شعيب قال الترمذي حديث حسن وهو أحسن شيء في الباب ورواه الدارقطني وغيره من حديث عائشة رضى الله عنها وزاد وإن عينها. =

إن قمت فأنت طالق فتزوجها ثم قامت لم تطلق رواية واحدة. وإن علق الزوج الطلاق بشرط لم تطلق قبل وجوده [1]، وإن قال عجلت ما أجلته لم

= وعن المسور مرفوعا قال «لا طلاق قبل نكاح ولا عتق قبل ملك» رواه ابن ماجه بإسناد حسن قال أحمد رحمه الله تعالى هذا عن النبي ﷺ وعدة من أصحابه. الشرح الكبير(٤/٤٧٠).

[فائدة] يصح تعليق الطلاق مع تقدم الشرط وكذا إن تأخر على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب وعنه يتنجز إن تأخر الشرط ونقله ابن هانئ في العتق قال الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى وتأخر القسم كأنت طالق لأفعلن كالشرط وأولى بأن لا يلحق. الإنصاف(٨/٦٠).

على قوله: «رواية واحدة» لا نعلم فيه خلافا لأنه لم يضفه إلى زمن يقع فيه الطلاق أشبه ما لو قال لأجنبية أنت طالق ثم تزوجها. المبدع(٦/٣٥٧).

(١) قوله: «وإن علق الزوج إلخ» هذا المذهب وعليه الأصحاب لأنه زوال بني على التغليب والسراية أشبه العتق، وعنه تطلق في الحال مع تيقن وجود الشرط وخص الشيخ تقي الدين هذه الرواية بالثلاث لأنه الذي نصره كمتعة. المبدع(٦/٣٥٧).

على قوله: «وإن علق الطلاق بشرط لم تطلق قبل وجوده» وهذا المذهب وعليه الأصحاب. الإنصاف(٨/٦١).

[تنبيه] في قوله: «قبل وجوده» إشعار بأن الشرط ممكن وهو كذلك فأما ما يستحيل وجوده فيذكر في أماكنه وقد تقدم في أثناء الباب الذي قبله ومفهوم كلامه أن الطلاق يقع بوجود شرطه وهو صحيح نص عليه وليس فيه بحمد الله خلاف قاله في الإنصاف. الإنصاف(٨/٦١).

قلت: وقد فصل الشيخ تقي الدين في هذه المسألة تفصيلا حسنا فاختار أن من علق الطلاق على شرط أو التزمه لا يقصد بذلك إلا الحض أو المنع فإنه يجزئه في ذلك كفارة يمين إن حنث وإن أراد الجزاء بتعليقه طلقت كره الشرط أو لا وكذلك الحلف بعتق وظهار وتحريم فإنه قال وقد سئل عن رجل حلف فقال الطلاق يلزمني إن عدت أكلت من خبزك ما دمت في ذا البلد بعد أن بسط القول فيها وحكى الاختلاف قال والقول الثالث وهو أصح الأقوال وهو الذي يدل عليه الكتاب والسنة والاعتبار أن هذه يمين من أيمان المسلمين فيجرى فيها ما جرى في أيمانهم وهو كفارة يمين عند الحنث إلا أن يختار الحالف إيقاع الطلاق فله أن يوقعه ولا كفارة عليه وهذا قول طائفة من السلف والخلف كطاوس وغيره وهو مقتضى المنقول عن أصحاب رسول الله ﷺ في هذا الباب وبه يفتي كثير من المالكية وغيرهم حتى يقال إن في غير بلد من بلاد المغرب من يفتي بذلك من أئمة المالكية وهو مقتضى نصوص أحمد بن حنبل وأصوله في غير موضع وعلى هذا القول فإذا كرر اليمين المكفرة مرتين أو ثلاثا على فعل واحد وحنث فهل عليه كفارة واحدة أو كفارات؟ فيه قولان للعلماء وهما=

= روايتان عن أحمد أشهرهما عنه تجزئه كفارة فإذا قال إن فعلت كذا فعبيدي أحرار ففيه الأقوال لكن هنا لم يقل أحد من أصحاب أبي حنيفة والشافعي أنه لا يلزمه العتق كما لو قالوا في ذلك في الطلاق لأن العتق قربة فيصح نذره بخلاف الطلاق، والمنقول عن أصحاب رسول الله ﷺ أنه يجزئه كفارة يمين كما ثبت ذلك عن ابن عمر وحفصة وزينب ورووه أيضاً عن عائشة وأم سلمة وابن عباس وأبي هريرة رضى الله عنهم وهو قول أكابر التابعين كطاوس وعطاء وغيرهما ولم يثبت عن صاحب ما يخالف ذلك لا في الحلف بالطلاق ولا في الحلف بالعتاق بل إذا قال الصحابة إن الحالف بالعتق لا يلزمه العتق فالحالف بالطلاق أولى عندهم وهذا كالحالف بالنذر مثل أن يقول إن فعلت كذا فعلي الحج أو صوم سنة أو ثلث مالي صدقة فإن هذا يمين تجزئ فيه الكفارة عند أصحاب رسول الله ﷺ مثل عمر وابن عباس وعائشة وابن عمر وحفصة رضى الله عنهم وهو قول جماهير التابعين كعطاء وطاوس وأبي الشعثاء وعكرمة والحسن وغيرهم وهو مذهب الشافعي المنصوص عنه ومذهب أحمد بلا نزاع عنه وهو آخر الروايتين عن أبي حنيفة اختارها محمد بن حسن وهو قول طائفة من أصحاب مالك كابن وهب وابن أبي الغمر وأفتى ابن القاسم ابنه بذلك مرتين والمعروف عن جمهور السلف من الصحابة والتابعين ومن بعدهم أنه لا فرق بين أن يحلف بالطلاق أو بالعتاق أو النذر بل إما أن تجزئه كفارة في كل يمين وإما أنه لا شيء عليه وإما أنه يلزمه كل ما حلف به بل إذا كان قوله إن فعلت كذا فعلي أن أعتق رقبة إذا قصد به اليمين لا يلزمه العتق بل تجزئه كفارة يمين ولو قاله على وجه النذر لزمه بالاتفاق فقوله فعبدي حر أولى أن لا يلزمه لأن قصد اليمين إذا منع أن يلزمه الوجوب والإعتاق والعتق فلأن يمنع لزوم العتق وحده أولى وأيضا فإن ثبوت الحقوق في الذمم أوسع من نفوذ التصرف فإن الصبي والمجنون والعبد قد تثبت الحقوق في ذممهم مع أنه لا يصح تصرفهم فإذا كان قصد اليمين منع ثبوت العتق المعلق في الذمة فلأن يمنع وقوعه أولى وأحرى وإذا كان العتق الذي يلزمه بالنذر لا يلزم إذا قصد به اليمين فالطلاق الذي لا يلزم بالنذر أولى أن لا يلزم إذا قصد به اليمين فإن التعليق إنما يلزم فيه الجزاء إذا قصد وجود الجزاء عند وجود الشرط كقوله أن أبرأتيني من صداقك فأنت طالق أو إن شفى الله مريضي فثلث مالي صدقة وأما إذا كان يكره وقوع الجزاء وإن وجد الشرط وإنما التزمه ليحض نفسه أو يمنعها أو يحض غيره أو يمنعه ومع هذا فلو وجد الشرط لم يرد وجود الجزاء بل يكره الشرط ويكره الجزاء وإن وجد الشرط فهذا حالف كقوله إن فعلت كذا فأنا يهودي أو نصراني ومالي صدقة وعبيدى أحرار ونسائي طوالق وعلي عشر حجج وصوم سنة فهذا حالف باتفاق الصحابة والفقهاء وسائر الطوائف وقد قال تعالى: ﴿ قَدْ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَـٰنِكُمْ ﴾ وقال: ﴿ ذَٰلِكَ كَفَّـٰرَةُ أَيْمَـٰنِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ ﴾ وثبت عن النبي ﷺ من غير وجه في الصحيح أنه قال من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه وهذا يتناول جميع إيمان المسلمين لفظا ومعنى ولم يخصه نص ولا إجماع ولا قياس بل الأدلة الشرعية تحقق عمومه واليمين في كتاب الله وسنة رسوله=

= نوعان نوع محترم منعقد مكفر كالحلف باسم الله ونوع غير محترم ولا منعقد ولا مكفر وهو الحلف بالمخلوقات فإن كانت هذه اليمين من أيمان المسلمين ففيها الكفارة وهي من النوع الأول وإن لم تكن من أيمان المسلمين فهي من الثاني. وأما إثبات يمين منعقدة غير مكفرة فهذا لا أصل له في الكتاب والسنة وتقسيم أيمان المسلمين إلى يمين مكفرة وغير مكفرة كتقسيم الشراب المسكر إلى خمر وغير خمر وتقسيم السفر إلى طويل وقصير وتقسيم الميسر إلى محرم وغير محرم بل الأصول تقتضي خلاف ذلك كما بسطناه في موضعه وبسط الكلام على هذه المسألة له موضع آخر لكن هذا القول الثالث وهو القول بثبوت الكفارة في جميع أيمان المسلمين هو القول الثالث وهو القول بثبوت الكفارة في جميع أيمان المسلمين هو القول الذي تقوم عليه الأدلة الشرعية التي لا تتناقض وهو المأثور عن الصحابة وأكابر التابعين إما في جميع الأيمان وإما في بعضها وتعليلهم ذلك بأنه يمين والتعليل بذلك يتقضى ثبوت الحكم في جميع أيمان المسلمين وهم أتوا بذلك في صيغ التعليق كقوله إن فعلت كذا فعلى الحج وما لى صدقة أو في رتاج الكعبة وعبيدى أحرار وجعلوا هذه أيمانا داخلة في قوله تعالى: ﴿ ذَٰلِكَ كَفَّٰرَةُ أَيۡمَٰنِكُمۡ إِذَا حَلَفۡتُمۡ ﴾ وقوله: ﴿ قَدۡ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمۡ تَحِلَّةَ أَيۡمَٰنِكُمۡ ﴾ وهم الذين خوطبوا بالقرآن وهم أعلم باللغة التي نزل القرآن بها وبمعانيه فعلم أن صيغ التعليق التي يقصد بها اليمين من الأيمان المذكورة في القرآن في الصيغ ثلاث: صيغة تنجيز كقوله أنت طالق فهذه ليست يمينا ولا كفارة في هذا باتفاق المسلمين و الثاني صيغة قسم كقوله الطلاق يلزمني لأفعلن كذا أو لا أفعله فهذه إن قصد بها اليمين فحكمها حكم الأول باتفاق العلماء. وأما إن قصد وقوع الطلاق عند الشرط مثل أن يختار طلاقها إذا أبرأته أو أعطته العوض كقوله إن أبرأتني أو أعطيتيني كذا فأنت طالق أو يختار طلاقها إذا أتت كبيرة فيقول إن زنيت إن سرقت فأنت طالق وقصده إيقاع الطلاق عند الصفة لا الحلف فهذا يقع به الطلاق باتفاق السلف. فإن الطلاق المعلق بالصفة روي الوقوع فيه عن غير واحد من الصحابة كعلي وابن مسعود وابن عمر وأبي ذر ومعاوية وعن كثير من التابعين ومن بعدهم وحكى الإجماع على ذلك غير واحد وما علمت أحداً ينقل عن أحد من الصحابة والسلف أن الطلاق المعلق بالصفة لا يقع وإنما النزاع فيه عن أبي عبد الرحمن الشافعي وعن بعض متأخري الظاهرية والشيعة كابن حزم وخالف في ذلك داود وأصحابه مع أنه حكى في كتاب إجماع العلماء على أن الطلاق المعلق بشرط إذا لم يخرجه مخرج اليمين فذكر فيه ثلاثة أقوال كالأقوال الثلاثة في الحلف بالنذر الذي يسمى نذر اللجاج وهؤلاء الشيعة بلغتهم فتاوى عن بعض فقهاء أهل البيت فيمن قصده الحلف فظنوا أن كل التعليق كذلك كما أن طائفة من الجمهور بلغتهم فتاوى عن بعض الصحابة والتابعين فيمن علق الطلاق بصفة أنه يقع عندها فظنوا أن ذلك يمين وجعلوا كل تعليق يمينا كمن قصده اليمين ولم يفرقوا بين تعليق يقصد به اليمين وتعليق يقصد به الإيقاع كما لم يفرق أولئك بينهما في نفس الطلاق، وما علمت أحداً من الصحابة أفتى في اليمين بلزوم الطلاق كما لم أعلم أحداً منهم أفتى في التعليق الذي يقصد به الإيقاع بعدم لزومه=

= والفرق بين التعليق الذي يقصد به الإيقاع والذي يقصد به اليمين في الجملة هو المعروف عند جمهور السلف حتى قال به داود وأصحابه ففرقوا بين تعليق الطلاق الذي يقصد به اليمين والذي يقصد به الإيقاع كما فرقوا بينهما في تعليق النذر وغيره والفرق بينهما ظاهر فإن الحالف يكره وقوع الجزاء فإن وجدت الصفة كقول المسلم إن فعلت كذا فأنا يهودي أو نصراني فهو يكره الكفر وإن وجدت الصفة إنما التزمه لئلا يلزم ليمتنع به من الشرط لا لقصد وجوده عند الصفة وهكذا الحالف بالإسلام لو قال الذمي إن فعلت كذا فأنا مسلم والحالف بالنذر والحرام والظهار والطلاق والعتاق إذا قال إن فعلت كذا فعلي الحج وعبيدي أحرار ونسائي طوالق ومالي صدقة فهو يكره هذه اللوازم وإن وجد الشرط وإنما علقها لمنع نفسه من الشرط لا يقصد وقوعها إذا وجد الشرط، فالتعليق الذي يقصد به الإيقاع من باب الإيقاع والذي يقصد به اليمين من باب اليمين، وقد بين الله في كتابه أحكام الطلاق وأحكام الأيمان. فإذا قال إن سرقت إن زنيت إن شربت الخمر فأنت طالق فهذا يقصد به اليمين وهو أن يكون مقامها مع هذا الفعل أحب إليه من طلاقها، وإنما قصده زجرها وتخويفها لئلا تفعل فهذا حالف لا يقع به الطلاق، وقد يكون قصده إيقاع الطلاق وهو أن يكون فراقها أحب إليه من المقام معها مع ذلك الفعل فيختار إذا فعلته أن تطلق منه فهذا يقع به الطلاق والله أعلم. والقول الثاني في المسألة أنه يقع به الطلاق إذا حنث في يمينه وهذا هو المشهور عند أكثر الفقهاء المتأخرين حتى اعتقد طائفة منهم أن ذلك إجماع ولهذا لم يذكر عامتهم فيه حجة وحجتهم عليه ضعيفة جدا كقولهم التزم أمرا عند وجود شرطه فلزمه ما التزمه وهذا منقوض عليهم بصور كثيرة بعضها مجمع عليه كنذر الطلاق والمعصية والمباح كالتزام الكفر على وجه اليمين مع أنه ليس له أصل يقاس عليه إلا وبينهما فرق مؤثر في الشرع ولا دل على عمومه نص ولا إجماع، لكن لما كان موجب العقد لزوم ما التزمه صار يظن في بادئ الرأي أن هذا عقد لازم في الشرع، وهذا يوافق ما كانوا عليه في أول الإسلام قبل أن ينزل الله كفارة اليمين وكانت اليمين موجبة ومحرمة كما يقال إنه شرع من قبلنا لكن نسخ الله هذا بشرع محمد ﷺ ففرض للمسلمين تحلة أيمانهم وجعل لهم أن يحلوا عقد اليمين بما فرضه من الكفارة. وأما إذا لم يحنث في يمينه فلا يقع به الطلاق بلا ريب إلا على قول ضعيف يروى عن شريح ويذكر رواية عن أحمد فيما إذا قدم الطلاق وإذا قيل يقع به الطلاق فإن نوى باليمين الثانية توكيد الأولى لا إنشاء يمين أخرى لم يقع به إلا طلقة واحدة وإن أطلق وقع به ثلاث وقيل لا يقع به إلا واحدة. والقول الثالث أنه لا يقع به طلاق ولا يلزمه كفارة وهذا مذهب داود وأصحابه وطوائف من الشيعة ويذكر ما يدل عليه عن طائفة من السلف بل هو مأثور عن طائفة من السلف صريحا كأبي جعفر الباقر وابنه جعفر بن محمد الصادق وهو قول أبي عبد الرحمن الشافعي أحمد بن يحيى في أن كل طلاق معلق بشرط أنه لا يقع وبذلك أفتى عكرمة فيمن قال إن لم أضرب غلامي مائة سوط فأمر أنه طالق قال لا يضرب غلامه ولا تطلق امرأته هذا من خطوات الشيطان، وأصل هؤلاء أن الحلف بالطلاق والعتاق والظهار =

يتعجل[1] وإن قال سبق لساني بالشرط و لم أرده طلقت في الحال. وإن قال أنت

= والحرام والنذر لغو كالحلف بالمخلوقات ويفتي به في اليمين التي يحلف بها التزام الطلاق طائفة من أصحاب أبي حنيفة والشافعي كالقفال وصاحب التتمة وأبي سعيد المتولى وينقل عن أبي حنيفة نصا بناء على أن قول القائل الطلاق يلزمني أو لازم لى ونحو ذلك صيغة نذر لا صيغة إيقاع كقوله لله على أن أطلق ومن نذر أن يطلق لم يلزمه طلاق بلا نزاع ولكن في لزوم الكفارة له قولان أحدهما يلزمه وهو المنصوص عن أحمد بن حنبل وهو المحكى عن أبي حنيفة إما مطلقا وإما إذا قصد به اليمين وهو قول طائفة من الخراسانيين من أصحاب الشافعي كالقفال والبغوى وغيرهما فمن جعل هذا نذرا و لم يوجب الكفارة في نذر الطلاق يفتي بأنه لا شيء عليه كما أفتى بذلك طائفة من أصحاب الشافعي وغيرهم، ومن قال عليه كفارة لزمه على قوله كفارة يمين كما يفتي بذلك طائفة من الحنفية والشافعية أما الحنفية فبنوه على أصله في أن من حلف بنذر المعاصي والمحرمات والمباحات فعليه كفارة يمين وكذلك يقول ذلك من يقول من أصحاب الشافعي لتفريقه بين أن يقول علي نذر ولا يلزمه شيء وبين أن يقول إن فعلته فعلي نذر فعليه كفارة يمين ففرق هؤلاء بين نذر الطلاق وبين الحلف بنذر الطلاق، وأحمد يقول على ظاهر مذهبه المنصوص عنه. إن نذر الطلاق فيه كفارة يمين والحلف بنذره عليه فيه كفارة يمين، وقد وافقه على ذلك من وافقه من الخراسانيين من أصحاب الشافعي وجعله الرافعي والثورى وغيرهما هو المرجح في مذهب الشافعي وذكروا ذلك في نذر جميع المباحات، لكن قوله الطلاق لي لازم صيغة إيقاع في مذهب أحمد لا صيغة نذر فإن نوى بذلك النذر ففيه كفارة يمين عنده. انتهى كلامه رحمه الله تعالى لكنه قدم القولين الأخيرين وأخر القول الثالث.

(١) قوله: «فإن قال عجلت إلخ» هذا المذهب لأنه علقه فلم يملك تغييره وقيل يتعجل إذا عجله وهو ظاهر بحث الشيخ تقي الدين: فإنه قال فيما قاله جمهور الأصحاب نظر. المبدع(٦/٣٥٧).

[فائدة] إذا علق الطلاق على شرط لزم وليس له إبطاله وهذا المذهب وعليه الأصحاب قاطبة وقطعوا به وذكر في الانتصار والواضح رواية بجواز فسخ العتق المعلل على شرط، أو إذا أعطيتني أو متى أعطيتني ألفا فأنت طالق أن الشرط ليس بلازم من جهته كالكتابة عنده، قال في الفروع ووافق الشيخ تقي الدين على شرط محض كإن قدم زيد فأنت طالق قال الشيخ تقي الدين التعليق الذي يقصد به إيقاع الجزاء إن كان معاوضة فهو معاوضة ثم إن كانت لازمة فلازم وإلا فلا يلزم الخلع قبل القبول ولا الكتابة، وقول من قال التعليق لازم دعوى مجردة انتهى وتقدم ذلك أيضاً في أثناء الخلع. الإنصاف(٩/٦٢).

[فائدة] لو فصل بين الشرط وحكمه بكلام منتظم نحو أنت طالق يا زانية إن قمت لم يضر ذلك في الصحيح من المذهب وقيل يقطعه كسكتة وتسبيحة. الإنصاف(٩/٦٢).

طالق ثم قال أردت إن قمت دين و لم يقبل في الحكم[1] نص عليه.

فصل

وأدوات الشرط ست إن وإذا ومتى ومن وأي وكلما[2] وليس فيها ما يقتضي التكرار إلا كلما[3] وفي متى وجهان[4] وكلها على التراخي إذا تجردت عن لم[5]

((**وأدوات الشرط ستة**)) كذا وقع بخط المصنف رحمه الله: ستة، بالهاء، والوجه: ست بحذفها، ويمكن تخريجه على الحمل على المعنى، على تأويل الأدوات بالألفاظ جمع لفظ، واللفظ، مذكر، ونظير ذلك قول الشاعر:

ثلاثة أنفس وثلاث ذود ... لقد جار الزمان على عيالي

والنفس: مؤنثة، لكنها أريد بها الإنسان.

((**وكلها على التراخي**)) إذا تجردت عن ((**لم**))، فإن اتصل بها ((**لم**))، صارت على

---

(١) قوله: ((ولم يقبل في الحكم)) هذا المذهب لأنه خلاف الظاهر وإرادة التعليق من التنجيز بعيدة جداً قال المصنف في الكافي يخرج على روايتين إحداهما لا يقبل لما ذكرنا والثانية يقبل لأنه محتمل أشبه ما لو قال أنت طالق ثم قال أردت من وثائق، قال في الإنصاف وصرح في المستوعب أن فيها روايتين. انظر/ المبدع(٣٥٨/٦)، الإنصاف(٦٣/٩).

(٢) قوله: ((وأدوات الشرط ست إلخ)) هذا المذهب وعليه الأصحاب وتقدم في باب الخلع أن قوله: أنت طالق وعليك ألف أو على ألف أو بألف أن ذلك كإن أعطيتني ألفا عند المصنف وتقدم حكمه هناك. المبدع(٣٥٨/٦).

(٣) قوله: ((وليس فيها ما يقتضي التكرار إلا كلما)) هذا بلا نزاع وأما كلما فإنها تقتضيه بلا خلاف نعلمه كقوله تعالى: ﴿ كُلَّمَآ أَوْقَدُواْ نَارًا لِّلْحَرْبِ أَطْفَأَهَا ٱللَّهُ ﴾ و ﴿ كُلَّمَا دَخَلَتْ أُمَّةٌ لَّعَنَتْ أُخْتَهَا ﴾. المبدع(٣٥٩/٦).

(٤) قوله: ((وفي متى وجهان)) أحدهما لا تقتضى التكرار وهو المذهب اختاره المصنف وغيره ولأنها اسم زمن بمعنى أي وقت وبمعنى إذا فلا تقتضى ما لا يقتضيانه، وكونها تستعمل للتكرار لا يمنع استعمالها في غير كإذا وأي وقت وأي زمان فإنهما يستعملان في الأمرين كقوله تعالى: ﴿ وَإِذَا رَأَيْتَ ٱلَّذِينَ يَخُوضُونَ فِىٓ ءَايَٰتِنَا ﴾ و ﴿ وَإِذَا لَمْ تَأْتِهِم بِـَٔايَةٍ ﴾. والثاني تستعمل للتكرار قال الشاعر:

متى تأته تعشو إلى ضوء ناره ... تجد خير نار عندها خير موقد

ولأنها تستعمل للشرط والجزاء ومتى وجد الشرط ترتب عليه جزاؤه. المبدع(٦/ ٣٥٩).

(٥) قوله: ((وكلها على التراخي إلخ)) وكذا إذا تجردت عن نية الفورية أيضا أو عن قرينته فأما إذا نوى الفورية أو كان هناك قرينة تدل على الفورية فإنه يقع في الحال ولو تجردت عن لم. المبدع(٣٥٩/٦).

فإن اتصلت بها صارت على الفور[1] إلا إن[2] وفي إذا وجهان[3]، فإذا قال إن قمت أو إذا قمت أو من قام منك أو أي وقت قمت أو متى قمت أو كلما قمت فأنت طالق فمتى قامت طلقت[4] ، وإن تكرر القيام لم يتكرر الطلاق إلا في كلما وفي متى في أحد الوجهين. ولو قال كلما أكلت رمانة فأنت طالق وكلما أكلت نصف رمانة فأنت طالق فأكلت رمانة طلقت ثلاثا[5] ولو جعل مكان كلما إن أكلت لم تطلق إلا اثنتين[6] ولو علق طلاقها على صفات فاجتمعن في عين واحدة مثل أن يقول إن رأيت رجلا فأنت طالق وإن رأيت

الفور، إلا أنه إذا علق الطلاق بغير «**إن**» و «**إذا**» بإيجاد فعل، كان على التراخي، لأنه معلق بذلك لا يوجد قبله، وإذا علق بالنفي، كان على الفور، لأنه إذا مضى عقيب اليمين أي زمن كان لم يوجد فيه الفعل، فقد وجدت الصفة. وأما «**إن**» فلا تقتضي وقتاً أصلا، إلا من جهة لزوم الفعل وقتا يقع فيه، فهي مطلقة في الزمن كله، وأما «**إذا**» ففيها وجهان: الفور، والتراخي، بناء على الشرط كـــ «**إن**» والظرفية، كـــ «**متى**».

---

(١) قوله: «فإن اتصلت بها صارت على الفور» لأن متى وأي معناهما أي زمان وذلك شائع في الزمان كله فأي زمن وجدت الصفة فيه وجب الحكم بوقوع الطلاق، ولابد أن يلحظ في أن كونها مضافة إلى زمن كان حكمها حكم من .

(٢) قوله: «إلا إن» هذا المذهب أي مع عدم نية وقرينة فإذا قال إن لم تدخلي الدار فأنت طالق لم يقع إلا عند تعذر إيقاعه بموت أو ما يقوم مقامه.

(٣) قوله: «وفي إذا إلخ» أحدهما هي على الفور وهو الصحيح لأنها اسم لزمن مستقبل فتكون كمتى وأما المجازاة بها فلا تخرجها عن موضعها، والثاني أنها على التراخي نصره القاضي لأنها تستعمل شرطا بمعنى إن كقول الشاعر: (وإذا تصبك خصاصة فتحمل) فجزم بها كإن. المبدع(٦/٣٥٩-٣٦٠).

(٤) قوله: «وإذا قال إن قمت- إلى قوله- طلقت» هذا بلا نزاع لأن وجود الشرط يستلزم وجود الجزاء وعدمه عدمه إلا أن يعارض معارض. المبدع(٦/٣٦٠).

(٥) قوله: «ولو قال كلما إلخ» هذا بلا نزاع لوجود وصف النصف مرتين والجميع مرة لأن كلما تقتضى التكرار. المبدع(٦/٣٦١).

(٦) قوله: «ولو جعل إلخ» وهو المذهب وعليه الأصحاب بوصف النصف مرة وبالكمال مرة، وقال الشيخ تقي الدين لا تطلق إلا واحدة. الإنصاف(٨/٦٦).

أسود فأنت طالق وإن رأيت فقيها فأنت طالق فرأت رجلا أسود فقيها طلقت ثلاثا[1] وإن قال إن لم أطلقك فأنت طالق و لم يطلقها لم تطلق إلا في آخر جزء من حياة أحدهما إلا أن يكون له نية[2]، وإن قال من لم أطلقها أو أي وقت لم

((**إن، وإذا، ومتى، ومن، وأي، وكلما**)) ((**إن**)): المكسورة المخففة الرابطة بين جملتي الشرط والجواب، موضوعة للشرط، وهو ربط الجزاء بالشرط، فيوجد بوجوده، وبعدم بعدمه من جهته، فإذا قال: إن دخلت الدار فأنت طالق، دار الطلاق بدخول الدار مع دخولها وجوداً، وعدماً. ثم تضمنت معناها أسماء، فربطت كربطها، وهي المذكورة، فمنها ((**إذا**)) وهي: ظرف لما يستقبل من الزمان غالباً، متضمنة معنى الشرط غالباً، فإذا قال: إذا قمت فأنت طالق، كان ذلك شائعاً في الزمن المستقبل، متى حصل قيامها فيه، طلقت. ومنها ((**متى**)) وهي ظرف وجد فيه الشرط، يعقبه جزاؤه، ومنها ((**من**)) وهو اسم متضمن معنى الشرط، موضوع لمن يعقل، شائع فيه، فإذا قال: من دخلت الدار فهي طالق، أو فهي حرة، كان شائعاً في نسائه،وإمائه، ومنها ((**أي**)) وهو اسم متضمن معنى الشرط، شائع فيما تضاف إليه كائنا ما كان، كقوله: أي امرأة قامت فهي طالق، وأي مكان جلست فيه فأنت طالق، وأي زمان حللت فيه فأنت طالق، ونحو ذلك، ومنها ((**كلما**)) فـ ((**كل**)): اسم موضوع للعموم، مقتض للتكرار كما ذكر. و((**ما**)): عمت بحسب ما تضاف إليه، كقولك: كل امرأة تقوم فهي طالق، فهو شائع في النساء، وكل يوم أو موضع جلست فيه، فأنت طالق، ونحو ذلك.

---

(١) قوله: ((ولو علق طلاقها إلخ)) هذا المذهب وعليه الأصحاب وقال الشيخ تقي الدين لا تطلق إلا واحدة مع الإطلاق. المبدع(٦/٣٦١).

(٢) قوله: ((وإن قال إن لم أطلقك إلخ)) هذا المذهب نص عليه وعليه الأصحاب لأن حرف إن موضوع للشرط لا يقتضى زمناً ولا يدل عليه إلا من حيث إن الفعل المعلق به من ضرورية الزمان فلا يتقيد بزمن معين فما علق عليه كان على التراخي سواء في ذلك الإثبات والنفي، هذا إن لم ينو وقتا فإن نوى وقتا أو قامت قرينة بالفورية تعلقت اليمين به. المبدع(٦/٣٦١).

=

أطلقك فأنت طالق فمضى زمن يمكن طلاقها فيه طلقت وإن قال إذا لم أطلقك فأنت طالق فهل تطلق في الحال يحتمل وجهين، وإن قال كلما لم أطلقك فأنت طالق فمضى زمن يمكن طلاقها فيه طلقت ثلاثا إلا التي لم يدخل بها فإنها تبين بالأولى، وإن قال العامي: أن دخلت الدار فأنت طالق بفتح الهمزة فهو شرط[1] وإن قاله عارف بمقتضاه[2] طلقت في ....

((**وإن قال العامي**)) العامي: منسوب إلى العامة الذين هم خلاف الخاصة، لأن العامة لا تعرف العلم، وإنما يعرفه الخاصة، فكل واحد عامي بالنسبة إلى ما لم يحصل علمه، وإن حصل علما سواه.

((**بمقتضاه**)) أي: بمطلوبه.

=[فائدة] إذا كان المعلق طلاقا بائنا لم يرثها إذا ماتت وترثه وهى نص عليه لأن طلاقها أبانها منه فلم يرثها كما لو طلقها ناجزا عند موتها وإن مات ورثته نص عليه. الإنصاف(٩/٦٧). وإذا قال الرجل لزوجته أنت طالق ثلاثا إن لم أتزوج عليك ومات ولم يتزوج عليها ورثته وإن ماتت لم يرثها وذلك لأنها تطلق في آخر حياته فأشبه طلاقه لها في تلك الحال ونحو هذا قال عطاء ويحيى الأنصارى ويخرج لنا أنها لا ترثه أيضاً وهذا قول سعيد بن المسيب والحسن والشعبي وأبي عبيد لأنه إنما طلقها في صحته وإنما يتحقق شرط وقوعه في المرض فلم ترثه كما لو علقه على فعلها ففعلته في مرضه قال في الفروع ويتخرج لا ترثه من تعليقه في صحته على فعلها فيوجد في مرضه قال والفرق ظاهر. وقال في الروضة في إرثهما روايتان لأن الصفة في الصحة والطلاق في المرض وفيه روايتان. الشرح الكبير(٤/٤٧٤).

[فائدة] لا يمنع من وطئها قبل فعل ما حلف عليه على الصحيح من المذهب وبه قال أبو حنيفة والشافعي. وقال سعيد بن المسيب والحسن والشعبي ومالك وأبو عبيد لا يطأ حتى يفعل لأن الأصل عدم الفعل ووقوع الطلاق وروى الأثرم عن أحمد مثل ذلك. ولنا أنه نكاح صحيح لم يقع فيه طلاق ولا غيره من أسباب التحريم. انظر الشرح الكبير(٤/٤٧٢-٤٧٣).

(١) قوله: ((وإن قال العامي إلخ)) هذا المذهب لأن العامي لا يريد بذلك إلا الشرط ولا يعرف أن مقتضاها التعليل فلا يريده فلا يثبت له حكم ما لا يعرفه ولا يريده. المبدع (٦/٣٦٢).

(٢) قوله: ((وإن قاله عارف إلخ)) يعني إن كان وجد وهذا المذهب لأن أن المفتوحة ليست للشرط إنما هى للتعليل فمعناه أنت طالق لأنك دخلت الدار أو لدخولك الدار كقوله تعالى: ﴿ يَمُنُّونَ عَلَيْكَ أَنْ أَسْلَمُواْ ﴾ و ﴿ وَتَخِرُّ ٱلْجِبَالُ هَدًّا ۝ أَن دَعَوْاْ لِلرَّحْمَـٰنِ وَلَدًا ﴾ وحكى عن الخلال أنه إذا لم ينو مقتضاه فهو شرط أيضا.

الحال[1] وحكي عن الخلال رحمه الله تعالى أنه لم ينو مقتضاه فهو شرط أيضا.
وإن قال إن قمت وأنت طالق طلقت في الحال[2] فإن قال أردت الجزاء[3] أو

«**الجزاء**» أي: الجواب، فجواب الشرط يسمى جواباً وجزاء.

---

(١) قوله: «وإن قاله عارف بمقتضاه طلقت في الحال» يعن بأن كان الدخول وجد لأن أن المفتوحة في اللغة إنما هى للتعليل فمعناه أنت طالق لأنك دخلت الدار فعلى هذا لا تطلق إذا لم تكن دخلت الدار قبل ذلك لأنه إنما طلقها لعلة فلا يثبت الطلاق بدونها، هذا قول ابن أبي موسى ومن تابعه. الإنصاف(٩/٦٨-٦٩)، المبدع(٦/٣٦٢-٣٦٣). ولا فرق عند الشيخ تقي الدين بين أن يطلقها لعلة مذكورة فإذا تبين انتفاؤها لم يقع الطلاق. قال في إعلام الموقعين وهذا الذي لا يليق بالمذهب غيره ولا تقتضي قواعد الأئمة غيره فإذا قيل له امرأتك قد شربت مع فلان وباتت عنده فقال اشهدوا على أنها طالق ثم علم أنها كانت تلك الليلة في بيتها قائمة تصلى فإن هذا الطلاق لا يقع قطعا وأطال فيه، ولذلك أفتى ابن عقيل في فنونه فيمن قيل له زنت زوجتك فقال هى طالق ثم تبين أنها لم تزن أنها لم تطلق وجعل السبب الذي لأجله أوقع الطلاق كالشرط اللفظي وأولى. إعلام الموقعين(٤/٩١) كشاف القناع(٥/٢٩٠). قال في الاختيارات وهو قول عطاء بن أبي رباح وقال القاضي تطلق سواء دخلت أو لم تدخل وهو ظاهر المنتهى ويؤيده نص في رواية المروذى في رجل قال لامرأته إن خرجت فأنت طالق فاستعارت امرأة ثيابها فلبستها فرآها زوجها حين خرجت من الباب فقال قد فعلت أنت طالق قال يقع طلاقه على امرأته فنص على وقوع طلاقه على امرأته مع أنه وإن قصد إنشاء الطلاق فإنما أوقعه لخروجها الذي منعها منه ولم يوجد أشار إليه ابن نصر الله في حواشي الفروع. كشاف القناع للبهوتي (٥/٢٩٠) قال الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى: ومن هذا الباب ما يسأل عنه كثيرا مثل أن يعتقد أن غيره أخذ ماله فيحلف ليردنه أو يقول إن لم ترده فامرأتي طالق ثم تبين أنه لم يأخذه أو يقول ليحضرن زيد ثم تبين موته أو لتعطيني من الدراهم التى معك ولا دراهم معه ثم هذا قسمان الأول منه لما يتبين حصول غرضه بدون الفعل المحلوف عليه مثل إذا ظن أنها سرقت له مالا فيحلف لتردنه فوجدها لم تسرقه والثاني ما لم يحصل معه غرضه مثل ليحلف لتعطيني ألف درهم من هذا الكيس فيتبين أنه ليس فيه دراهم فالقسم الأول يظهر فيه جدا أنه لا يحنث لأن مقصوده لتردنه إن كنت أخذته وهذا الشرط وإن لم يذكر في اللفظ فهو مشروط قطعا والثاني فإنه لم يحصل فيه غرضه لكن لا غرض له إلا مع وجود المحلوف عليه فيصير كأنه لم يحلف عليه وفي الأول يحصل غرضه منه فيصير كأنه بر بالفعل. انتهى.

(٢) قوله: «وإن قال إن قمت وأنت إلخ» هذا المذهب لأن الواو ليست جوابا للشرط. المبدع(٦/٣٦٣).

(٣) قوله: «فإن قال أردت إلخ» إحداهما لا يقبل لأنه خلاف الظاهر والثانية يقبل لأن قوله محتمل وهو أعلم بمراده. انظر المبدع(٦/٣٦٣).

أردت أن أجعل قيامها وطلاقها شرطين لشيء ثم أمكست دين، وهل يقبل في الحكم يخرج على روايتين[1] وإن قال إن قمت فقعدت فأنت طالق أو إن قعدت إذ قمت أو إن قعدت إن قمت لم تطلق حتى تقوم ثم تقعد[2] وإن قال إن قمت وقعدت فأنت طالق طلقت بوجودهما كيفما كان[3] وعنه تطلق بوجود أحدهما إلا أن ينوي والأول أصح. وإن قال إن قمت أو قعدت فأنت طالق طلقت بوجود أحدهما.

فصل في تعليقه بالحيض

إذا قال إذا حضت فأنت طالق طلقت بأول الحيض[4] فإن بان أن الدم ليس بحيض لم تطلق به[5] وإن قال لطاهر إذا حضت حيضة فأنت طالق لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر[6] ولا يعتد بالحيضة التي هى فيها. وإن قال إذا حضت نصف

---

(١) قوله: «ولو قال إن قمت فقعدت إلخ» وكذا قوله إن قعدت متى قمت وهذا المذهب وتسميه النجاة اعتراض الشرط على الشرط فيقتضى تقديم المتأخر وتأخير المتقدم لأنه جعل الثاني في اللفظ شرطا للذي قبله والشرط يتقدم ثم تقعد لأن اللفظ اقتضى تعلق الطلاق بالقعود بعد القيام. المبدع(٦/٣٦٤).

(٢) قوله: «ولو قال إن قمت وقعدت إلخ» هذا المذهب لأن الواو لا تقتضى ترتيبا ولا تطلق بوجود أحدهما لأنها للجمع فلم يقع قبل وجودهما جميعا. المبدع(٦/٣٦٤)، الإنصاف(٨/٧٢).

(٣) قوله: «وإن قال إن قمت أو قعدت إلخ» هذا بلا خلاف نعلمه لأن أو لأحد الشيئين. ولو قال أنت طالق لا قمت ولا قعدت فالمذهب أنها تطلق بوجود أحدهما وذكره الشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى اتفاقا. المبدع(٦/٣٦٤-٣٦٥).

(٤) قوله: «إذا قال إذا حضت إلخ» يعني تطلق من حين ترى دم الحيض وهذا المذهب نص عليه لأن الصفة وجدت ولذلك حكمنا أنه حيض في المنع من الصلاة والصيام. المبدع(٦/٣٦٥).

(٥) قوله: «فإن بان إلخ» وذلك بأن ينقص عن أقل الحيض أو لكونها بنت دون تسع سنين لم تطلق وبه قال الثورى وأصحاب الرأي لأنا تبينا أن الصفة لم توجد. انظر/ المبدع (٦/٣٦٥).

(٦) قوله: «وإذا قال لطاهر الخ» نص عليه لأنها لا تحيض حيضة إلا بذلك ولا يعتقد بالحيضة التي هى فيها لأنها ليست حيضة كاملة ولا يشترط في وقوع الطلاق غسلها بل بمجرد ما تطهر تطلق وهو المذهب وعليه أكثر الأصحاب. وإن قال إذا حضت حيضة فأنت طالق وإذا حضت حيضتين فأنت طالق فحاضت حيضة طلقت واحدة=

حيضة فأنت طالق احتمل أن يعتبر نصف عادتها، واحتمل أنها متى طهرت تبينا وقوع الطلاق في نصفها[1] واحتمل أن يلغو قوله نصف حيضة وقيل إذا حاضت سبعة أيام ونصفها طلقت. وإن قال إذا طهرت فأنت طالق طلقت إذا انقطع الدم[2] وإن كانت طاهرة فإذا طهرت من حيضة مستقبلة وإذا قالت حضت وكذبها قبل قولها في نفسها[3] وإن قال قد حضت فأنكرته طلقت بإقراره[4] وإن قال إن حضت فأنت وضرتك طالقتان فقالت قد حضت وكذبها طلقت دون ضرتها[5] وإن قال إن حضتما فأنتما طالقتان فقالتا قد حضنا فصدقهما طلقتا[6] وإن كذبهما لم تطلقا[7] وإن أكذب إحداهما طلقت

= فإذا حاضت الثانية طلقت الثانية عند طهرها، وإن قال إذا حضت حيضة فأنت طالق لم تطلق الثانية حتى تطهر من الحيضة الثالثة لأن ثم للترتيب. المبدع(٦/٣٦٥-٣٦٦).

(١) قوله: «واحتمل أنها متى طهرت تبينا وقوع الطلاق في نصفها» وهذا المذهب.

(٢) قوله: «وإن قال إذا طهرت إلخ» هذا المذهب نص عليه وذكر أبو بكر في التنبيه قولا أنها لا تطلق حتى تغتسل بناء على العدة في أنها لا تقتضى حتى تغتسل ولنا أن الله تعالى قال: ﴿ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ ﴾ أي ينقطع دمهن فإذا تطهرن اغتسلن ولأنه قد ثبت لها أحكام الطاهرات في وجوب الصلاة وصحة الطهارة والصيام وإنما بقى بعض الأحكام موقوفا على وجود الغسل. المبدع(٦/٣٦٦).

(٣) قوله: «وإن قالت حضت إلخ» وهو المذهب لأنها أمينة على نفسها وهذا قول أبي حنيفة والشافعي لأن الله تعالى قال: ﴿ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِيٓ أَرْحَامِهِنَّ ﴾ قيل هو الحيض والحمل، ولولا أن قولها فيه مقبول ما حرم عليها كتمانه. وعنه لا يقبل قبولها فيختبرها النساء بإدخال قطنة في الفرج في الزمان الذي ادعت الحيض فيه فإن ظهر الدم فهي حائض وإلا فلا. المبدع(٦/٣٦٧).

(٤) قوله: «وإن قال قد حضت إلخ» أي لأنه أقر بما يوجب طلاقها فأشبه ما لو قال قد طلقتها. انظر/ المبدع(٦/٣٦٧).

(٥) قوله: «ولو قال إن حضت فأنت وضرتك إلخ» هذا المذهب أي لأن قولها مقبول على نفسها ولا تطلق الضرة إلا أن تقيم بينة على حيضها. وإن ادعت الضرة أنها قد حاضت لم تقبل لأن معرفتها بحيض غيرها كمعرفة الزوج به وإنما ائتمنت على نفسها في حيضها، وإن قال قد حضت فأنكرت طلقتا بإقراره. المبدع(٦/٣٦٧-٣٦٨).

(٦) قوله: «فصدقتهما طلقتا» أي لأنهما أقرتا وصدقهما. المبدع(٦/٣٦٨).

(٧) قوله: «وإن كذبهما لم تطلقا» أي لأن طلاق كل واحدة منهما معلق على شرطين حيضها وحيض ضرتها ولا يقبل قول ضرتها عليها فلم يوجد الشرطان. المبدع(٦/ ٣٦٨).

وحدها[1] وإن قال ذلك لأربع فقلن قد حضنا فصدقهن طلقن[2] وإن كذبهن لم يطلقن[3] وإن صدق واحدة أو اثنتين لم يطلق منهن شيء[4] وإن صدق ثلاثا طلقت المكذبة وحدها[5] وإن قال كلما حاضت إحداكن فضرائرها طوالق فقلن قد حضنا فصدقهن طلقن ثلاثا ثلاثا[6] وإن صدق واحدة لم تطلق[7] وطلق ضرائرها طلقة طلقة[8] وإن صدق اثنتين طلقت كل واحدة منهما طلقة[9] وطلقت المكذبتان طلقتين طلقتين[10] وإن صدق ثلاثاً طلقت المكذبة

((**فضرائرها طوالق**)) جمع: ضرة؛ سميت به، لما بينهما من المضارة.

---

(1) قوله: ((وإن كذب إحداهما إلخ)) أي لأن قولها مقبول في حقها وقد صدق الزوج ضرتها فوجد الشرطان في حقها، ولم تطلق المصدقة لأن قول ضرتها غير مقبول في حقها ولم يصدقها الزوج فلم يوجد شرط طلاقها. المبدع(٦/٣٦٨).

(2) قوله: ((وإن قال ذلك لأربع)) أي لأنه قد علق طلاق كل واحدة منهن على حيض الأربع وقد وجد حيضهن فطلقن بتصديقه. المبدع(٦/٣٦٨).

(3) قوله: ((وإن كذبهن إلخ)) أي لأن شرط طلاقهن حيض الأربع ولم يوجد. المبدع(٦/٣٦٨).

(4) قوله: ((وإن صدق واحدة إلخ)) أي لأنه لم يوجد الشرط لكون قول كل واحدة منهن لا يقبل إلا في نفسها. المبدع(٦/٣٦٨).

(5) قوله: ((وإن صدق ثلاثا إلخ)) أي لأن قولها مقبول في حيضها وقد صدق الزوج صواحبها فوجد حيض الأربع في حقها فطلقت، ولا تطلق المصدقات لأن قول المكذبة غير مقبول في حقهن. المبدع(٦/٣٦٨).

(6) قوله: ((وإن قال كلما حاضت إلخ)) لأنه قد جعل حيض كل واحدة منهن شرطا لطلاق ضرائرها وقد وجد بتصديقه فطلقن ثلاثا ثلاثا لأن لكل واحدة ثلاث ضرائر وإن كذبهن لم تطلق واحدة منهن لأن قولهن غير مقبول عليه في طلاق غيرهن. انظر/ المبدع(٦/٣٦٩).

(7) قوله: ((وإن صدق واحدة إلخ)) أي لأنه ليس لها صاحبة ثبت حيضها. المبدع(٦/٣٦٩).

(8) قوله: ((وطلق ضرائرها إلخ)) أي لأن لهن صاحبة قد ثبت حيضها. المبدع(٦/٣٦٩).

(9) قوله: ((وإن صدق اثنتين إلخ)) أي لأن لكل واحدة منهما ضرة مصدقة. المبدع(٦/٣٦٩).

(10) قوله: ((وطلقت المكذبتان إلخ)) أي لأن لكل واحدة منهما ضرتين مصدقتين. المبدع (٦/٣٦٩).

ثلاثا[1].

فصل في تعليقه بالحمل

إذا قال إن كنت حاملا فأنت طالق فتبين أنها كانت حاملا تبينا وقوع الطلاق حين اليمين وإلا فلا[2]، وإن قال إن لم تكوني حاملا فأنت طالق فهي بالعكس[3] ويحرم وطؤها قبل استبرائها في إحدى الروايتين إن كان الطلاق بائنا[4] وإن قال إن كنت حاملا بذكر فأنت طالق واحدة وإن كنت حاملاً

---

(١) قوله: ((وإن صدق ثلاثا إلخ)) لهنّ ثلاث ضرائر مصدقات وطلقت كل واحدة من المصدقات طلقتين لأن لكل واحدة ضرتين مصدقتين. المبدع(٦/٣٦٩).

(٢) قوله: ((إذا قال إن كنت حاملا فأنت طالق فتبين أنها كانت حاملاً)) بأن تأتي به لأقل من ستة أشهر إن كانت توطأ أو لأكثر من ستة أشهر وأقل من أكثر مدة الحمل أي أقل من أربع سنين إن لم تكن توطأ بعد حلفه ((تبينا وقوع الطلاق من حين اليمين)) الذي بعد اليمين لم تطلق وهذا المذهب لأنه يمكن أن يكون الولد من هذا الوطء وأن يكون من غيره فيكون الطلاق مشكوكا فيه والأصل عدمه. المبدع(٦/٣٧٠).

على قوله: ((تبينا وقوع الطلاق حين اليمين وإلا فلا)) قال الشيخ النووي في المنهاج للشافعية إذا قال إن كنت حاملا فأنت طالق وكان الحمل ظاهرا وقع الطلاق وإن لم يكن ظاهرا فذكر ما قاله الأصحاب هنا. انظر/ شرح الجلال المحلى على المنهاج و حاشية قليوبي وعميرة (٣/٣٥٤). قلت والأصحاب لم يفرقوا سواء كان ظاهرا أو مشكوكا فيه ولم يحكموا بالطلاق إلا بعد الوضع بشرطه وكلام صاحب المنهاج أصح.

(٣) قوله: ((وإن قال إن لم تكوني حاملا إلخ)) أي فتطلق بأن ولدته لأكثر من أربع سنين من اليمين أو لأكثر من ستة أشهر من وطئه بعد اليمين وهكذا المذهب، وقيل بعدم العكس في الصورة المستثناة فإنها لا تطلق لئلا يزول يقين النكاح بشك الطلاق. المبدع(٦/٣٧٠).

(٤) قوله: ((ويحرم وطؤها الخ)) يعني يحرم الوطء في المسألتين أي في صورة الإثبات وصورة النفي أما الأولى فالصحيح من المذهب أنه يحرم وطؤها منذ حلف قدمه في المغني والشرح، وعنه لا يحرم وطؤها عقب اليمين لأن الأصل بقاء النكاح وبراءة الرحم من الحمل إلا أن يظهر بها حمل قدمه في المحرر والنظم وهو ظاهر كلامه في الوجيز، وأما المسألة الثانية فالصحيح من المذهب أنه يحرم وطؤها قبل زوال الريبة أو ظهور حمل لجواز أن تحمل من الوطء الصادر بعد الحلف فيظهر أن الطلاق لم يقع وقد كان وقع فيكون ذلك ذريعة إلى استباحة المحرم. المبدع(٦/٣٧٠-٣٧١).

[فوائد] إحداها مفهوم قوله عن كان بائنا أنه لو كان رجعيا لم يحرم الوطء وهو صحيح=

بأنثى فأنت طالق اثنتين فولدت ذكرا وأنثى طلقت ثلاثا[1] ولو كان مكان قوله إن كنت حاملا إن كان حملك لم تطلق إذا كانت حاملا بهما[2].

فصل في تعليقه بالولادة[3]

إذا قال إن ولدت ذكرا فأنت طالق واحدة وإن ولدت أنثى فأنت طالق اثنتين فولدت ذكرا ثم أنثى طلقت بالأول وبانت بالثاني ولم تطلق به ذكره أبو

((**بالعكس**)) مصدر عكس الشيء: رد آخره على أوله، فالعكس هنا: عدم وقوع الطلاق بوجود الحمل، وكان يقع الطلاق بوجود الحمل.

= وهو المذهب نص عليه خلافا للقاضي. الإنصاف(٩/٧٨).

(الثانية) قوله: ويحرم وطؤها قبل استبرائها الصحيح من المذهب أن الاستبراء يحصل بحيضة موجودة أو مستقبلة أو ماضية لم يطأ بعدها صححه المصنف وغيره، وعنه تستبرأ بثلاثة أقراء. الإنصاف(٩/٧٩).

(الثالثة) لو قال إذا حملت فأنت طالق لم يقع إلا بحمل متجدد، هذا المذهب وعليه الأصحاب. الإنصاف(٩/٧٩).

(١) قوله: ((وإن قال إن كنت حاملاً إلخ)) هذا بلا نزاع لوجود الصفة بالذكر واحدة وبالأنثى اثنتين وإن ولدت ذكرا أو ذكورا فطلقة. المبدع(٦/٣٧١)، الإنصاف(٩/٧٩).

(٢) قوله: ((ولو كان مكان إلخ)) هذا الصحيح من المذهب وعليه الجمهور وبه قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي، لأن حملها كله ليس بذكر ولا أنثى. وكذا الحكم لو قال إن كان ما في بطنك. انظر الشرح الكبير(٤/٤٨٢).

[فائدة] يستحق الذكر والأنثى الوصية في المسألة الأولى ولا يستحقان في المسألة الثانية بأن يقول في الأولى إن كنت حاملا بذكر فله مائة وإن كنت حاملا بأنثى فله مائتان فولدت ذكرا وأنثى استحق كل واحد وصيته ولو قال في الثانية إن كان حملك أو ما في بطنك ذكرا فله مائة وإن كان أنثى فله مائتان فولدت ذكرا وأنثى لم يستحقا شيئاً من الوصية لأن حملها وما في بطنها لم يتمحض ذكرا ولا أنثى. الإنصاف(٩/٨٠).

(٣) قوله: ((في تعليقه بالولادة)) إذا علقه على الولادة بأن قال إن ولدت فأنت طالق فألقت ما تصير به الأمة أم ولد وهو ما يتبين فيه بعض خلق الإنسان وقع الطلاق لأنها قد ولدت ما يسمى ولدا ولا تطلق بإلقاء علقة ونحوها لأنها لا تسمى ولدا، ويقبل قوله في عدم الولادة لأن الأصل عدمها وبقاء النكاح ولا تخفى غالبا. وقال القاضي وأصحابه إن لم يقر بالحمل قالوا فإن شهد النساء بما قالت طلقت لأنه لا يطلع عليه الرجال غالبا. المبدع(٦/٣٧٢-٣٧٣).

بكر[1] وقال ابن حامد تطلق به وإن أشكل كيفية وضعهما وقعت واحدة بيقين ولغا ما زاد[2] وقال القاضي قياس المذهب أن يقرع بينهما ولا فرق بين أن تلده حيا أو ميتا[3] .

فصل في تعليقه بالطلاق

إذا قال إذا طلقتك فأنت طالق ثم قال إن قمت فأنت طالق فقامت طلقت طلقتين[4] وإن قال إن قمـــت فأنت طالق ثم قال إذا طلقتك فأنت طالق فقامت

---

(١) قوله: «وإن قال إن ولدت ذكرا إلخ» ما قاله أبو بكر هو المذهب وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي لأن العدة انقضت بوضعه أي الثاني فصادقها الطلاق بائنا فلم يقع كما لو قال إذا مت فأنت طالق وقال ابن حامد تطلق به لأن زمن الوقوع زمن البينونة فلا تنافي بينهما قال الشارح والصحيح الأول لما ذكرنا، وقد نص أحمد فيمن قال أنت طالق مع موتى أنها لا تطلق فهذا أولى فإن ولدتهما دفعة واحدة طلقت ثلاثا لوجود الشرطين قال في الإنصاف بلا نزاع أعلمه غير الشيخ تقي الدين ومن تبعه. الإنصاف(٩/٨٠-٨١).

(٢) قوله: «وإن أشكل كيفية وضعهما إلخ» هذا المذهب فيقع واحدة لاحتمال أن يكون السابق الذكر ولغا ما زاد على الواحد لأن الأصل عدم وقوعه لكن الورع أن يلزمهما أي الطلقتين لاحتمال أن يكون أنثى . انظر المبدع(٦/٣٧٣).

(٣) قوله: «ولا فرق إلخ» لأن الشرط ولادة ذكر أو أنثى وقد وجدت ولأن العدة تنقضى به وتصير به الأمة أم ولد. المبدع(٦/٣٧٣).

[فائدة] إذا قال كلما ولدت فأنت طالق أو كلما ولدت ولدا فأنت طالق فولدت ثلاثة معا طلقت ثلاثا لأن الولادة تتعدد بتعدد الأولاد وإن ولدت الثلاثة واحدا بعد واحد وكانوا من حمل واحد طلقت بالأول طلقة وبالثاني أخرى لأن كلما للتكرار، ولم تنقض عدتها بالثاني لأن العدة لا تنقضى إلا بوضع الحمل كله لقوله تعالى: ﴿ وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ وانقضت العدة بالثالث ولم تطلق به لأن العدة انقضت بوضعه والبائن لا يلحقها طلاق. ذكر ذلك في المغني والكافي وغيرهما والمنتهى وشرحه. وذكر في الإنصاف أن عدتها تنقضي بالثاني من الأولاد وهو سهو. انظر/ الإنصاف(٩/٨٤).

(٤) قوله: «إذا قال إذا طلقتك إلخ» وهذا المذهب فتطلق واحدة بالمنجز وواحدة بوجود الصفة، وهذا في المدخول بها فأما غيرها فلا تطلق إلا واحدة بالمنجز وتبين بها ولا يلحقها المعلق فإن قال عنيت بقولى هذا أنك تكونين طالقا بما أوقعته عليك ولم أرد إيقاع طلاق فيما باشرتك به دين، وهل يقبل في الحكم يخرج على روايتين إحداهما لا يقبل وهى المذهب وبه قال الشافعي لأنه خلاف الظاهر إذ الظاهر أن هذا تعليق=

طلقت واحدة[1] وإن قال: إن قمت فأنت طالق ثم قال: إن وقع عليك طلاقي فأنت طالق فقامت طلقت طلقتين[2] وإن قال كلما طلقتك فأنت طالق ثم قال أنت طالق طلقت طلقتين[3] وإن قال كلما وقع عليك طلاقي فأنت طالق ثم وقع عليها طلاقه بمباشرة أو سبب طلقت ثلاثا[4] وإن قال كلما وقع عليك طلاقي أو إن وقع عليك طلاقي فأنت طالق قبله ثلاثا ثم قال أنت طالق فلا نص فيها عن أحمد رحمه الله تعالى وقال أبو بكر والقاضي تطلق ثلاثا[5] وقال ابن

«ولغا ما زاد» أي: سقط ما زاد.

= للطلاق بشرط الطلاق، والوجه الثاني يقبل قوله لأنه يحتمل ما قاله فقيل كما لو قال أنت طالق أنت طالق وقال أردت التوكيد أو إفهامها. المبدع(٦/٣٧٤)، الشرح الكبير(٤/٤٨٣-٤٨٤).

(١) قوله: «وإن قال إن قمت إلخ» وهذا المذهب فتطلق بالقيام واحدة لوجود شرطها وهو القيام ولم تطلق بالتعليق لأنه لم يطلقها بعد ذلك. المبدع(٦/٣٧٤).

(٢) قوله: «ولو قال إن قمت إلخ» أي فتطلق واحدة بالقيام والثانية بوقوع الطلاق عليها وهذا إن كان مدخولاً بها لأن الطلاق الواقع عليها طلاقه فقد وجدت الصفة وإن كانت غير مدخول بها طلقت واحدة. المبدع(٦/٣٧٤).

(٣) قوله: «وإن قال كلما طلقتك إلخ» أي فتطلق اثنتين إن كانت مدخولا بها واحدة بالمباشرة والأخرى بالصفة ولا يقع ثالثة لأن قوله كلما طلقتك يقتضي كلما أوقعت عليك الطلاق وهذا يقتضي تجديد إيقاع بعد هذا القول فلو قال لها بعد عقد الصفة إن خرجت فأنت طالق فخرجت طلقت بالخروج طلقة وبالصفة أخرى لأنه قد طلقها فلو قال كلما أوقعت عليك طلاقي فأنت طالق فهو كقوله كلما طلقتك فأنت طالق على الصحيح من المذهب. المبدع(٦/٣٧٤-٣٧٥).

(٤) قوله: «وإن قال كلما وقع عليك إلخ» أي لأنه إذا طلقها بمباشرة أو سبب طلقت واحدة فيصدق أنه وقع عليها طلاقه فتطلق أخرى بالصفة وتقع الثالثة والمراد بالمباشرة أن ينجز الطلاق بنفسه أو وكيله والمراد بالسبب والصفة واحد وهو وقوعه بوجود ما علق الطلاق عليه، ومحل وقوع الثلاث إن وقعت الطلقة الأولى والثانية رجعيتين إذ البائن لا يلحقها طلاق وهذا المذهب في ذلك. المبدع(٦/٣٧٥).

(٥) قوله: «وإن قال كلما وقع عليك إلخ» قول أبي بكر والقاضي هو المذهب فتطلق واحدة بالمباشرة واثنتان من المعلق ويلغو قوله قبله وهذا قياس قول الشافعي وبعض أصحابه لأنه وصف المعلق بصفة يستحيل وصفه بها فإنه يستحيل وقوعها بالشرط قبله فتلغو بالقبلية وصار كأنه قال إذا وقع طلاقي فأنت طالق ثلاثا. انظر/ المبدع(٦/٣٧٥).

عقيل تطلق بالطلاق المنجز ويلغو ما قبله[1] وإن قال لأربع نسوة أيكن وقع عليها طلاقي فصواحبها طوالق ثم وقع على إحداهن طلاقه طلقن ثلاثا[2] وإن قال كلما طلقت واحدة منكن فعبد من عبيدى حر وكلما طلقت اثنتين فعبدان حران وكلما طلقت ثلاثا فثلاثة أحرار وكلما طلقت أربعا فأربعة أحرار ثم طلقن جميعا عتق خمسة عشر عبدا[3] ....

---

(١) قوله: «وقال ابن عقيل إلخ» فتطلق واحدة لأن المحل صالح له ويكون التعليق باطلاً لأنه طلاق في زمن ماض أشبه قوله أنت طالق أمس ولأنه لو وقع المعلق لمنع وقوع المنجز فإذا لم يقع المنجز بطل شرط المعلق فاستحال وقوع المعلق ولا استحالة في وقوع المنجز فيقع. انظر المبدع(٦/٣٧٥-٣٧٦).

قال في الإنصاف وهو قياس نص أحمد وأبي بكر في أن الطلاق لا يقع في زمن ماض وقيل لا تطلق مطلقا قاله بعض الأصحاب واختاره ابن سريج وغيره من الشافعية. انظر/ الإنصاف(٩/٨٦). لأن وقوع الواحدة يقتضي وقوع ثلاث قبلها وذلك يمنع وقوعها فإثباتها يؤدي إلى نفيها فلا تثبت ولأن إيقاعها يفضي إلى الدور لأنها إذا وقعت وقع قبلها ثلاث فيمتنع وقوعها وما أفضى إلى الدور وجب قطعه من أصله وهذا ما صححه الأكثرون من الشافعية وحكاه بعضهم عن النص وقاله الشيخ أبو حامد شيخ العراقيين والقفال شيخ المراوزة قال في المهمات فكيف تسوغ الفتوى بما يخالف نص الشافعي وكلام الأكثرين، ونص في الشرح الأول وأكده بقوله إذا انفسخ نكاحك فأنت طالق قبله ثلاثا ثم وجد ما يفسخ النكاح من رضاع أو ردة فإنه يرد على ابن سريج ولا خلاف في انفساخ النكاح قال القاضي وما ذكروه ذريعة إلى أنه لا يقع عليها الطلاق جملة. الشرح الكبير(٤/٤٨٥-٤٨٦).

[فائدة] إذا قال لزوجته الأمة إذا ملكتك فأنت طالق ثلاثا ثم ملكها طلقت في الأقيس، وفي المحرر لا تطلق وجها واحدا.

(٢) قوله: «وإن قال لأربع إلخ» أي لأنه إذا وقع طلاقه على واحدة وقع على صواحبها ووقوعه على واحدة منهن يقتضي وقوعه على صواحبها فيتسلسل الوقوع عليهن إلى أن يكمل الثلاثا بكل واحدة. المبدع(٦/٣٧٦-٣٧٧).

[فائدة] لو كان له ثلاث نسوة فقال إن طلقت زينب فعمرة طالق وإن طلقت عمرة فحفصة طالق وإن طلقت حفصة فزينب طالق ثم طلق زينب طلقت عمرة و لم تطلق حفصة وإن طلق عمرة طلقت حفصة و لم تطلق زينب وإن طلق حفصة طلقت زينب ثم طلقت عمرة فيقع الطلاق بالثلاث لأنه أحدث في زينب طلاقا بعد تعليقه طلاق عمرة بطلاقها. انظر/ المبدع(٦/٣٧٧).

(٣) قوله: «عتق خمسة عشر عبدا» هذا المذهب لأن فيهن أربع صفات هن أربع فيعتق أربعة وهن أربعة آحاد فيعتق أربعة أيضاً وهن اثنتان واثنتان فيعتق كذلك وفيهن=

وقيل عشرة(١) ويحتمل أن لا يعتق إلا أربعة(٢) إلا أن يكون له نية. وإذا قال لامرأته إذا أتاك طلاقي فأنت طالق ثم كتب إليها إذا أتاك كتابي هذا فأنت طالق فأتاها الكتاب طلقت طلقتين(٣) فإن قال أردت أنك طالق بذاك الطلاق الأول دين، وهل يقبل في الحكم؟ يخرج على روايتين(٤).

فصل في تعليقه بالحلف

إذا قال إن حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم قال أنت طالق إن قمت أو دخلت الدار طلقت في الحال(٥). وإن قال أنت طالق إن طلعت الشمس أو قدم الحاج فهل هو حلف؟ فيه وجهان(٦). وإن قال إن حلفت بطلاقك فأنت طالق أو قال

= ثلاث فيعتق بذلك ثلاث. المبدع(٦/٣٧٧). قال في الإقناع إلا أن تكون له نية فيؤخذ بما نوى لأن النية مقدمة. انظر/ كشاف القناع للبهوتي(٥/٣٤٥).

(١) قوله: «وقيل عشرة» أي بالواحدة واحد وبالثانية اثنان وبالثالثة ثلاثة وبالرابعة أربعة. المبدع(٦/٣٧٧).

(٢) قوله: «ويحتمل إلخ» واختاره في الرعاية إن طلق معا كقوله كلما أعتقت أربعة فأربعة أحرار لأن هذا الذي سبق إلى أذهان العامة وهذا مع الإطلاق، فأما إن كان له نية فإنه يعمل بها على المذهب. المبدع(٦/٣٧٨).

(٣) قوله: «وإن قال لامرأته إلخ» أي إذا أتاها الكتاب كاملا ولم ينمح منه ذكر الطلاق لأنه علق طلاقها بصفتين مجيء الطلاق ومجيء كتابه وقد اجتمعا في مجيء الكتاب، فلو أتاها بعض الكتاب وفيه الطلاق ولم ينمح لم تطلق وهو المذهب وقيل تطلق، قال في الكافي والرعاية فإن أتاها وقد ذهبت حواشيه أو محي ما فيه سوى الطلاق طلقت وإن ذهب الكتاب إلا موضع الطلاق فوجهان. المبدع(٦/٣٧٨).

(٤) قوله: «فإن قال أردت إلخ» إحداهما يقبل في الحكم وهو الصحيح من المذهب لأنه محتمل وهو أعلم بإرادته والثانية لا يقبل لأنه خلاف الظاهر ولو كتب إليها إذا قرأت كتابي هذا فأنت طالق فقرئ عليها وقع إن كانت لا تحسن القراءة وإن كانت تحسن القراءة فوجهان في الترغيب. انظر/ المبدع(٦/٣٧٩).

(٥) قوله: «إذا قال إن حلفت إلخ» وكذا لو قال إن لم تدخلي الدار أو إن لم يكن هذا القول حقا فتطلق في الحال لأنه حلف بطلاقها وكذا على شرط فيه حث أو منع والأصح أو تصديق خبر أو تكذيبه، واختار الشيخ تقي الدين العمل بعرف المتكلم وقصده في مسمى اليمين وأنه موجب أصول أحمد ونصوصه. المبدع(٦/٣٧٩).

(٦) قوله: «وإن قال أنت طالق إن طلعت إلخ» يعني إذا قال إن حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم قال ذلك أحدهما ليس بحلف فيكون شرطا محضاً وهو الصحيح من المذهب لأن الحلف ما قصد به المنع من شيء أو الحث عليه وليس فيهما شيء من ذلك. المبدع(٦/٣٧٩).

إن كلمتك فأنت طالق وأعاده مرة أخرى طلقت واحدة[1] وإن أعاده ثلاثا طلقت ثلاثا[2] وإن قال لامرأتيه إن حلفت بطلاقكما فأنتما طالقتان وأعاده طلقت كل واحدة[3] طلقة وإن كانت إحداهما غير مدخول بها فأعاده بعد ذلك لم تطلق واحدة منهما[4]، وإن قال لمدخول بهما كلما حلفت بطلاق واحدة منكما فأنتما طالقتان وأعاده ثانية طلقت كل واحدة طلقتين[5] وإن قال كلما حلفت بطلاق واحدة منكما فهي طالق أو فضرتها طالق وأعاده طلقت كل واحدة طلقة[6] وإن قال لإحداهما إذا حلفت بطلاق ضرتك فأنت طالق ثم قال ذلك للأخرى طلقت الأولى[7] فإن أعاده للأولى طلقت الأخرى[8].

---

(١) قوله: ((وإن قال إن حلفت بطلاقك إلخ)) لأنه إذا حلف بطلاقها إذا أعاده فتطلق واحدة ومراد المصنف إذا لم يقصد بإعادته إفهامها فأما إن قصد إفهامها لم تطلق إلا واحدة سواء أعاد ذلك مرة أو ثلاثا قاله الأصحاب. المبدع(٦/ ٣٨٠).

(٢) قوله: ((وإن أعاده ثلاثا إلخ)) أي إذا لم يقصد إفهامها لأن كل مرة يوجد بها شرط الطلاق وينعقد شرط طلقة أخرى وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي، وقال أبو ثور ليس ذلك بحلف ولا يقع التكرار بطلاقه لأنه تكرار للكلام ويكون تأكيدا، وهذا إذا كانت مدخولا بها فأما إن كانت غير مدخول بها بانت بالأولى. المبدع(٦/ ٣٨٠).

(٣) قوله: ((وإن قال لامرأتيه إن حلفت إلخ)) هذا المذهب لأن شرط طلاقهما الحلف بطلاقهما وقد وجدا إن أعاده ثلاثا طلقتا طلقتين وإن أعاده أربعا فثلاث لوجود الشرط وهو الحلف. المبدع(٦/ ٣٨٠).

(٤) قوله: ((فإن كانت إحداهما غير مدخول بها إلخ)) أي لأن شرط طلاقهما الحلف بطلاقهما و لم يوجد لأن غير المدخول بها لا يصح الحلف بطلاقها لأنها بائن. المبدع(٦/ ٣٨٠).

على قوله: ((فأعاده بعد ذلك)) يعني بعد الطلقة الأولى. المبدع(٦/ ٣٨٠).

(٥) قوله: ((وإن قال لمدخول بهما إلخ)) أي لأنه بإعادته حالف بطلاق كل واحدة منهما وهو شرط طلاقهما وكلمة كلما للتكرار فيتكرر طلاقهما لتكرر عددهما. المبدع(٦/ ٣٨١).

(٦) قوله: ((وإن قال كلما حلفت إلخ)) أي لأن حلفه بطلاق واحدة إنما اقتضى طلاقها وحدها وما حلف بطلاقها إلا مرة فتطلق مرة واحدة. المبدع(٦/ ٣٨١).

(٧) قوله: ((طلقت الأولى)) لأن التعليق حلف وقد علق طلاق ضرتها فتطلق الأولى لوجود شرط طلاقها وهو تعليق طلاق ضرتها. المبدع(٦/ ٣٨١).

(٨) قوله: ((وإن أعاده إلخ)) أي لأن ذلك تعليق لطلاقها وكلما أعاده لامرأة طلقت الأخرى إلى أن يبلغ ثلاثا وإن كانت إحداهما غير مدخول بها فطلقت مرة لم تطلق الأخرى لأنه ليس حلف بطلاقها لكونها بائنا فلو قال كلما حلفت بطلاقكما=

فصل في تعليقه بالكلام

إذا قال: إن كلمتك فأنت طالق فتحققي ذلك أو زجرها فقال تنحي أو اسكتي أو قال إن قمت فأنت طالق[1] طلقت ويحتمل أن لا يحنث بالكلام المتصل بيمينه لأن إتيانه به يدل على إرادته الكلام المنفصل عنها[2]. وإن قال إن بدأتك بالكلام فأنت طالق فقال إن بدأتك به فعبدي حر انحلت يمينه إلا أن ينوي[3] ويحتمل أن يحنث ببداءته إياها بالكلام في وقت آخر لأن الظاهر أنه أراد ذلك بيمينه[4] فإن قال إن كلمت فلانا فأنت طالق فكلمته فلم يسمع لتشاغله أو غفلته أو كاتبته أو راسلته حنث[5] وإن أشارت إليه

= فإحداكما طالق وكرره ثلاثا أو أكثر لم يقع شيء ذكره في المحرر والرعاية والفروع لأن هذا حلف بطلاق واحدة ولم يوجد الحلف بطلاقهما وإن قال لمدخول بهما كلما حلفت بطلاق واحدة منكما فإحداكما طالق ثم قاله ثانيا وقعت بإحداهما طلقة وتعين بقرعة ذكره الأصحاب. انظر/ المبدع(٦/٣٨١).

(١) قوله: «إذا قال إن كلمتك إلخ» وهذا المذهب في ذلك لأنه كلمها بعد عقد اليمين إلا أن يريد بعد انقضاء كلامي هذه ونحوه. المبدع(٦/٣٨٢).

(٢) قوله: «ويحتمل إلخ» قال في الإنصاف وهذا هو الصواب. الإنصاف(٦/٩٢-٩٣).

[فائدة] إذا قال إن كلمتك فأنت طالق ثم قال إن قمت فأنت طالق طلقت في الحال طلقة وأخرى بالقيام إن كانت مدخولا بها فلو قال إن كلمتك فأنت طالق فأعاده ثانية فواحدة وإن ثالثا فثانية وإن أربعا فثالثة، وتبين غير المدخول بها بطلقة ولا ينعقد ما بعدها ذكره القاضي وجزم به في المغني وقدمه في المحرر ثم قال وعندى تنعقد الثانية بحيث إذا تزوجها وكلمها طلقت إلا على قول التميمي بحل الصفة مع البينونة فإنها قد انحلت بالثالثة لأنه قد كلمها. المبدع(٦/٣٨٢).

(٣) قوله: «وإن قال إن بدأتك إلخ» وهذا المذهب لأنها كلمته فلم يكن كلامه لها بعد ذلك ابتداء، إلا أن ينوى أنه لا يبدأها في مرة أخرى وتبقى يمينها معلقة فإن بدأها بالكلام انحلت يمينها وإن بدأته هي عتق عبدها ذكره الأصحاب. المبدع(٦/٣٨٣).

(٤) قوله: «ويحتمل إلخ» هذا الاحتمال للمصنف قال في الإنصاف وهو قوى جداً. انظر/ الإنصاف(٩/٩٣).

(٥) قوله: «وإن قال إن كلمت فلانا إلخ» وهذا المذهب وعليه الأصحاب ونص عليه في التشاغل والغفلة والذهول لأن الكلام يطلق ويراد به ذلك بدليل صحة استثنائه منه في قوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِبَشَرٍ أَن يُكَلِّمَهُ ٱللَّهُ إِلَّا وَحْيًا أَوْ مِن وَرَآيِ حِجَابٍ أَوْ يُرْسِلَ رَسُولاً﴾ ولأن القصد بيمينه هجرانه ولا يحصل ذلك مع مواصلته بالكتاب والرسول إلا أن يكون قصد أن تشافهه نص عليه، وعنه لا يحنث إذا كاتبته أو رسالته إلا أن ينوى ذلك لأن هذا ليس بكلام حقيقة بدليل الحلف بالله. المبدع(٦/٣٨٣).

احتمل وجهين[1] وإن كلمته سكران أو أصم بحيث يعلم أها تكلمه أو مجنونا يسمع كلامها حنث وقيل لا يحنث[2] وإن كلمته ميتا أو غائبا أو مغمى عليه أو نائما لم يحنث، وقال أبو بكر يحنث[3]، وإن قال لامرأتيه إن كلمتما هذين فأنتما طالقتان فكلمت كل واحدة واحدا منهما طلقتا[4] ويحتمل أن لا يحنث حتى يكلما جميعا كل واحد منهما[5] وإن قال: إن أمرتك فخالفتيني فنهاها

=[فائدة] لو أرسلت رسولا لا يسأل أهل العلم عن مسألة حدثت فجاء الرسول فسأل المحلوف عليه لم يحنث قولا واحدا قاله المصنف والشارح. انظر/ المبدع(٦/٣٨٣).

(١) قوله: ((وإن أشارت إليه إلخ)) أحدهما لا يحنث وهو الصحيح من المذهب لأنه لم يوجد الكلام، والثاني يحنث لأنه يحصل به مقصود الكلام. المبدع(٦/٣٨٣).

(٢) قوله: ((وإن كلمته سكران إلخ)) وهذا المذهب لأن الطلاق معلق على الكلام وقد وجد فإن كان السكران أو المجنون مصروعا لم يحنث وكذا إن كان لا يعلم واحدا منهما أها تكلمه والمجنون إذا لم يسمع كلامها، وقيل لا يحنث اختاره القاضي وغيره لأن السكران والمجنون لا عقل لهما والأصم لا سمع له، وكذا الحكم لو كلمت صبيا يسمع ويعلم أنه مكلم. المبدع(٦/٣٨٣-٣٨٤).

[فائدة] إذا جنت هي وكلمته لم يحنث لأن القلم مرفوع عنها فلم يبق لكلامها حكم، ولو كلمته وهي سكرى حنث لأن حكمها حكم الصاحي وهو ظاهر كلام المصنف هنا وقدمه في المغني والشرح وقيل لا يحنث لأنه لا عقل لها. المبدع(٦/٣٨٤).

(٣) قوله: ((وإن كلمته ميتا إلخ)) هذا المذهب وعليه أكثر الأصحاب لأن التكلم فعل يتعدى المتكلم وقيل هو مأخوذ من الكلم وهو الجرح لأنه يؤثر فيه كتأثير الجرح ولا يكون ذلك إلا باستماعه. وقال أبو بكر يحنث وذكره رواية عن أحمد لأن إشعاره بالكلام غير معتبر. المبدع(٦/٣٨٤).

[فائدة] إذا حلف لا يكلم إنساناً فكلم غيره وهو يسمع يقصد بذلك إسماعه كما يقال إياك أعني واسمعي يا جارة حنث نص عليه وعنه لا كنية غيره، والأول أصح لأنه أسمعه كلامه يريده به أشبه ما لو خاطبه به. المبدع(٦/٣٨٤).

[فائدة] إذا حلف لا يقرأ كتاب زيد فقرأه في نفسه ولم يحرك شفتيه به حنث لأن هذه قراءة الكتب في عرف الناس إلا أن ينوى حقيقة القراءة. انظر/ المبدع(٦/٣٨٥).

(٤) قوله: ((وإن قال لامرأتيه إلخ)) هذا المذهب لأن تكليمهما وجد منهما وكما لو قال إن ركبتما هاتين الدابتين فأنتما طالقتان فركبت كل واحدة دابة. المبدع(٦/٣٨٥).

(٥) قوله: ((ويحتمل إلخ)) أى لأنه طلق طلاقهما بكلامه لهما فلا تطلق واحدة بكلام الأخرى وحدها كقوله إن كلمتما زيدا وكلمتما عمرا وهذا أظهر الوجهين وهو أولى إن شاء الله قاله الشارح إذا لم يكن له نية. المبدع(٦/٣٨٥).

فخالفته لم يحنث إلا أن ينوي مطلق المخالفة ويحتمل أن تطلق(١)، وقال أبو الخطاب إن لم يعرف حقيقة الأمر والنهي حنث(٢).

فصل في تعليقه بالإذن

إذا قال إن خرجت بغير إذني أو إلا بإذني أو حتى آذن لك فأنت طالق ثم أذن لها فخرجت ثم خرجت بغير إذنه طلقت(٣) وعنه لا تطلق إلا أن ينوي الإذن في كل مرة مرة(٤) وإن أذن لها من حيث لا تعلم فخرجت طلقت(٥) ويحتمل أن لا تطلق(٦) وإن قال إن خرجت إلى غير الحمام بغير إذني فأنت طالق فخرجت تريد الحمام وغيره طلقت(٧) وإن خرجت إلى الحمام ثم عدلت إلى غيره

---

(١) قوله: ((وإن قال إن أمرتك إلخ)) هذا المذهب وهو مذهب الشافعي لأنها خالفت نهيه لا أمره ولأنه يحنث إذا نوى مطلق المخالفة بغير خلاف لأن مخالفة نهى عن ضده والنهى عنه أمر بضده فإذا تكون خالفت أمره. الشرح الكبير(٤/٤٩٥)، المبدع(٦/٣٨٥).

(٢) قوله: ((وقال أبو الخطاب إلخ)) قال في الإنصاف وهو قوى جداً لأنه إذا كان كذلك فإنما يريد نفى المخالفة فلو قال إن نهيتني عن نفع أمى فأنت طالق فقالت لا تعطها شيئا من مالى لم يحنث لأنه نفع محرم فلا تتناوله يمينه، ولو قال أنت طالق إن كلمت زيدا ومحمد مع خالد لم تطلق حتى تكلم زيدا في حال كون محمد مع خالد لأنها حال من الجملة الأولى، وقال القاضي تطلق بكلام زيد لأن الجملة الثانية استئناف، والأول أصح. المبدع(٦/٣٨٦)، الإنصاف(٩/٩٨).

(٣) قوله: ((إذا قال إن خرجت إلخ)) وهذا المذهب لأنها خرجت بغير إذنه.

(٤) قوله: ((وعنه إلخ)) قال في الإنصاف وهو قوى كإذنه في الخروج كلما شاءت نص عليه لأن أن لا تقتضى التكرار فتناول الخروج في المرة الأولى فعلى المذهب لو أذن لها في الخروج كلما شاءت لم تطلق لأنه إذن عام نص عليه. انظر/ المبدع(٦/٣٨٦).

(٥) قوله: ((وإن أذن لها إلخ)) هذا المذهب نص عليه لأنها إذا لم تعلم فليس بإذن لأن الإذن هو الإعلام و لم يعلمها. المبدع(٩/٣٨٧)، الإنصاف(٩/١٠٠).

(٦) قوله: ((ويحتمل إلخ)) أى لأنه يقال أذن لها و لم تعلم. المبدع(٩/٣٨٧-٣٨٨).

[فائدتان] لو قال إلا بإذن زيد فمات لم يحنث إذا خرجت على الصحيح من المذهب. الإنصاف(٩/١٠٠).

(الثانية) لو أذن لها فلم تخرج حتى نهاها ثم خرجت فعلى وجهين أحدهما تطلق صححه في النظم وجزم به في المنور، والثاني لا تطلق قال ابن عبدوس في تذكرته لا يقع إذا أذن لها ثم نهى وجهلته. الإنصاف(٩/١٠١).

(٧) قوله: ((وإن قال إن خرجت إلى غير الحمام إلخ)) هذا المذهب سواء عدلت إلى =

طلقت[1] ويحتمل أن لا تطلق[2].

فصل في تعليقه بالمشيئة

إذا قال: أنت طالق إن شئت أو كيف شئت أو حيث شئت أو متى شئت لم تطلق حتى تقول قد شئت سواء شاءت على الفور أو التراخي ويحتمل أن يقف على المجلس كالاختيار[3] فإن قال: أنت طالق إن شئت فقالت: قد شئت إن

«**بالمشيئة**» المشيئة: الإرادة. وأصلها: الهمز، تقول: شاء الشيء، يشاؤه مشيئة وشيئاً، ويجوز تليين همزته، فتصير ياء، ثم تدغم في الياء فتصير، مشية بوزن: برية.

= الحمام أو لم تعدل لأنها خرجت إلى غير الحمام وانضم إليه غيره فحنث كما لو حلف لا يكلم زيدا فكلم زيدا وعمرا. المبدع(٦/٣٨٦).

(١) قوله: «وإن خرجت إلى الحمام ثم إلخ» هذا المذهب وهو ظاهر ما روى عن أحمد لأن ظاهر هذه المنع من غير الحمام فكيفما صارت إليه حنث كما لو خالف في لفظة. المبدع(٦/٣٨٧).

(٢) قوله: «ويحتمل إلخ» وهذا قول الشافعي لأنها لم تفعل ما حلف عليه إذ هو عبارة عن الخروج إلى غير الحمام ولم يوجد. انظر/ الشرح الكبير(٤/٤٩٦).

(٣) قوله: «إذا قال أنت طالق إن شئت إلخ» وهذا المذهب ولو شاءت كارهة لأن ما في القلب لا يعلم حتى يعبر عنه باللسان فيتعلق الحكم بما ينطق به دون ما في القلب فلو شاءت بقلبها دون نطقها لم تطلق. انظر/ المبدع(٦/٣٨٨).

[فائدة] لو رجع قبل مشيئتها لم يصح رجوعه على الصحيح من المذهب كبقية التعاليق، وعنه يصح كاختاري وأمرك بيدك، فعلى المذهب متى وجدت المشيئة باللسان وقع الطلاق سواء كان على الفور أو التراخي نص عليه في تعليق الطلاق بمشيئته فلان وفيما إذا قال أنت طالق حيث شئت أو أن شئت، ونحو هذا قال الزهرى وقتادة وقال أبو حنيفة دون صاحبيه إذا قال أنت طالق كيف شئت تطلق في الحال طلقة رجعية لأن هذا ليس بشرط، ولنا أنه أضاف الطلاق إلى مشيئتها وقال الشافعي في جميع الحروف إن شاءت في الحال وإلا فلا تطلق لأن هذا تمليك للطلاق فكان على الفور كقوله اختاره وقال أصحاب الرأى في أن كقوله وفي سائر الحروف كقولنا لأن هذه صريحة في التراخي فحملت على مقتضاه بخلاف إن فإنها لا تقتضى زمانا وإنما هى لمجرد الشرط. وقال الحسن وعطاء في قوله أنت طالق إن شئت: إنما ذلك ما دام في المجلس لأنه تمليك للطلاق فكان على الفور . انظر/ المعنى (٨/٣٧٧-٣٧٨).

شئت فقال: قد شئت لم تطلق[1] وإن قال: أنت طالق إن شئت وشاء أبوك لم تطلق حتى يشاء[2] وإن قال أنت طالق إن شاء زيد فمات أو جن أو خرس قبل المشيئة لم تطلق[3] وإن شاء هو سكران خرج على الروايتين[4] في طلاقه فإن

---

(١) قوله: ((وإن قال أنت طالق إن شئت إلخ)) نص عليه لأنها لم تشأ لأن المشيئة أمر حقيقي لا يصح تعليقها على شرط وكذلك إن قالت قد شئت إن طلعت الشمس نص عليه؛ وهذا قول سائر أهل العلم منهم الشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى، وحكاه ابن المنذر إجماع من يحفظ عنه. الشرح الكبير(٤/٤٩٧-٤٩٨).

(٢) قوله: ((وإن قال أنت طالق إن شئت وشاء أبوك إلخ)) هذا المذهب لأن الصفة مشيئتهما فلا تطلق بمشيئته أحدهما لعدم وجود الشرط، وقيل تطلق بمشيئة أحدهما قال في الإنصاف وهذا بعيد جدا فعلى المذهب تكون المشيئة منهما أو من أحدهما على التراخي وقيل تختص بالمجلس. انظر/ المبدع(٦/٣٨٩).

[فائدة] إذا قال إذا ضاجعتك على فراش فأنت طالق فاضطجعت هي معه فقام لوقته لم يحنث وإلا حنث. ولو اختصم رجلان أحدهما للآخر زوجة السفلة بكسر السين مع إسكان الفاء منا طالق فقال الآخر نعم قال أحمد السفلة الذي لا يبالي بما قال ولا ما قيل فيه وقال في رواية عبد الله هو الذي يدخل الحمام بلا مئزر ولا يبالي على أي معصية وروي إذا حلف بالطلاق ليفعلن محرماً في وقت معين لم يحل له فعله وتطلق نص عليه فيمن حلف بالطلاق ليطأن زوجته في وقت بعينه فإذا هي حائض قال لا يطأها وتطلق فإن فعله فقد عصى الله و لم تطلق وإن لم يعين وقتاً لفعله لم يحنث إلا في آخر وقت الإمكان.

(٣) قوله: ((وإن قال أنت طالق إن شاء زيد إلخ)) الصحيح من المذهب أنه إذا مات أو جن أنها لا نطلق لأن شرط الطلاق لم يوجد. وقال أبو بكر يقع لأنه علقه على شرط تعذر الوقوف عليه فوقع كقوله أنت طالق إن شاء الله تعالى وليس بصحيح لأن الطلاق المعلق على شرط أن يقع إذا تعذر شرطه كالمعلق على دخول الدار وعلم أنه إذا شاء وهو مجنون لا يقع طلاقه لأنه لا حكم لكلامه، وأما الأخرس فالصحيح من المذهب أنه إن فهمت إشارته فهو كنطقه. انظر/ المبدع(٦/٣٨٩).

[فائدة] لو غاب لم تطلق على الطريق من المذهب. الانصاف٩/١٠٤).

(٤) قوله: ((وإن شاء وهو سكران الخ)) ذكر ذلك الأصحاب لأن قوله قد شأت يترتب عليه وقوع الطلاق فوجب كونه بمنزلة نفس الطلاق واختار المصنف هنا والشارح عدم الوقوع وإن وقع هناك. والفرق بينهما أن إيقاع طلاقه تغليظ عليه كيلا تكون المعصية يببا للتخفيف عنه وههما إنما يقع الطلاق بغيره فلا يصح منه في حالة زوال عقله. المبدع(٦/٣٩٠).

كان صبيا يعقل المشيئة فشاء طلقت[1] وإلا فلا وإن قال أنت طالق إلا أن يشاء زيد فمات أو جن أو خرس طلقت[2] وإن قال أنت طالق واحدة إلا أن يشاء زيد ثلاثا فشاء ثلاثا طلقت ثلاثا في أحد الوجهين[3] وفي الآخر[4] لا تطلق وإن قال أنت طالق إن شاء الله طلقت وإن قال لأمته أنت حرة إن شاء الله عتقت[5]

---

(١) قوله: « وإن كان صبياً الخ » الصحيح من المذهب أن الصبي المميز إذا شاء تطلق قال الأصحاب هو كطلاقه وتقدم في أوائل كتاب الطلاق أن طلاقه يقع على زوجته ولان له مشيئة بدليل صحة اختياره لأحد أبويه ، والرواية الثانية لا تطلق كطلاقه. انظر /المبدع(٦/٣٩٠).

(٢) قوله: «وإن قال أنت طالق إلا أن يشاء إلخ» إذا مات أو جن طلقت بلا نزاع لأنه أوقع الطلاق وعلقه بشرط ولم يوجد ويقع الطلاق في الحال على المذهب وقيل في آخر حياته وقيل يتبين حنثه وأما إذا خرس فالصحيح من المذهب أن إشارته المفهومة كنطقه مطلقا؛ وقيل إن حصل خرسه بعد يمينه فليس كنطقه وقال الناظم لو قيل بعدم وقوع الطلاق إذا خرس أو جن إلى حين الموت لم يكن ببعيد. المبدع(٦/٣٩٢)، الإنصاف(٩/١٠٧).

(٣) قوله: «وإن قال أنت طالق واحدة إلخ» الأول المذهب لأن هذا هو السابق إلى الفهم من ذلك كما لو قال له علي ألف درهم إلا أن يقيم بينة بثلاثة وخذ درهما إلا أن تريد أكثر منه. المبدع(٦/٣٩٠).

(٤) قوله: «وفي الآخر إلخ» يعني لا تطلق غير الواحدة المنجزة وهو قول أصحاب الشافعي وأبي حنيفة لأن الاستثناء من الإثبات نفي فتقديره أنت طالق واحدة إلا أن يشاء زيد ثلاثا فلا تطلق؛ ولأنه علق وقوع الواحدة على عدم مشيئتها الثلاث ولم يقع بمشيئتها شيء أشبه قوله إلا أن يشاء زيد، فأما إذا لم يشأ زيد أو شاء أقل من ثلاث فواحدة. الشرح الكبير(٤/٤٩٨-٤٩٩).

على قوله: «وفي الآخر لا تطلق» وكذا الحكم لو قال أنت طالق واحدة إلا أن تشائي ثلاثا فشاءت ثلاثا وقوع الثلاث هنا من المفردات ونص عليه وكذا عكس هذه المسألة مثلها في الحكم كقوله أنت طالق ثلاثا إلا أن تشائي أو يشاء زيد واحدة فيشاء زيد أو هي واحدة. الإنصاف(٩/١٠٦).

(٥) قوله: «وإن قال أنت طالق إن شاء الله إلخ» وهذا المذهب نص عليه في رواية الجماعة، وفي زاد المسير لا تختلف الرواية فيه، وبه قال سعيد بن المسيب والحسن ومكحول وقتادة والزهرى ومالك والليث والأوزاعي وأبو عبيد. وعنه ما يدل على أنهما لا يقعان وهو قول طاوس والحكم وأبي حنيفة والشافعي لأنه علقه على مشيئة لم يعلم وجودها فلم يقع كما لو علقه على مشيئته زيد ولقوله ﷺ من حلف فقال إن شاء الله لم يحنث رواه الترمذي وحسنه. ولنا ما روى أبو جمرة قال سمعت ابن عباس يقول:=

وحكي عنه أنه يقع العتق دون الطلاق[1] وإن قال أنت طالق إلا أن يشاء الله طلقت[2] وإن قال إن لم يشأ الله فعلى وجهين[3] وإن قال إن دخلت الدار فأنت طالق إن شاء الله فدخلت فهل تطلق؟ على روايتين[4] وإن قال أنت طالق

= إذا قال الرجل لامرأته أنت طالق إن شاء الله فهي طالق رواه أبو حفص وعن أبي بردة نحوه. وروى ابن عمر وابن مسعود قال: كنا معشر أصحاب النبي ﷺ نرى الاستثناء جائزا في كل شيء إلا في الطلاق والعتاق ذكره أبو الخطاب ولأنه استثناء يرفع جملة الطلاق حالا ومآلا فلم يصح كاستثناء الكل. انظر/ الشرح الكبير(٤/ ٤٩٩)، المبدع(٦/ ٣٩١)، الإنصاف(٩/ ١٠٦-١٠٧).

(١) قوله: ((وحكى عنه إلخ)) وعلله أحمد بأن العتق لله تعالى والطلاق ليس هو لله تعالى ولا فيه قربة ولأن نذر العتق يلزم الوفاء به بخلاف الطلاق فافترقا. المبدع(٦/ ٣٩١). قال في المحرر: ولا يصح عن أحمد التفرقة بينهما. المحرر(٢/ ١٤٦-١٤٧). وحكى هذا القول عنه أبو حامد الأسفراييني الشافعي، واختار جماعة من الأصحاب هذه الرواية الأخيرة بناء على أنهما من جمل الأيمان قال الشيخ تقي الدين يكون معناه هي طالق إن شاء الله الطلاق بعد هذا والله لا يشاؤه إلا بتكلمه بعد ذلك. وقال أيضاً إن أراد بذلك وقوع الطلاق عليها بهذا التطليق طلقت لأنه كقوله أنت طالق بمشيئة الله وليس قوله إن شاء الله تعليقا بل توكيد للوقوع وتحقيق له وإن أراد بذلك حقيقة التعليق على مشيئة مستقبلة لم يقع به الطلاق حتى تطلق بعد ذلك فإذا طلقها بعد ذلك فقد شاء الله وقوع طلاقها حينئذ، وكذا إن قصد بقوله إن شاء الله أيقع هذا الطلاق الآن فإنه يكون أيضاً معلقا على المشيئة فإذا شاء الله وقوعه فيقع حينئذ ولا يشاء الله وقوعه حتى يوقعه هو ثانيا. انتهى الشرح الكبير(٤/ ٤٩٩).

(٢) قوله: ((وإن قال أنت طالق إلا أن يشاء الله طلقت)) هذا المذهب نص عليه ووافق أصحاب الشافعي على هذا في الصحيح من المذهب لأنه أوقع الطلاق وعلق رفعه بمشيئة لم تعلم. الشرح الكبير(٤/ ٤٩٩).

(٣) قوله: ((وإن قال إن لم إلخ)) أحدهما: يقع وهو المذهب لتضاد الشرط والجزاء فلغى تعليقه بخلاف المستحيل.

والثاني: لا يقع اختاره القاضي ذكره في المستوعب بناء على تعليق الطلاق على المحال مثل قوله: أنت طالق إن جمعت بين الضدين أو شربت الماء الذي في الكوز ولا ماء فيه وكذا الحكم خلافا ومذهبا لو قال أنت طالق ما لم يشأ الله. انظر/ المبدع(٦/ ٣٩٢)، الشرح الكبير(٦/ ٤٩٩-٥٠٠).

(٤) قوله: ((وإن قال إن دخلت إلخ)) إحداهما: تطلق لما تقدم والثانية: لا لأن الطلاق المعلق بشرط يمين فيدخل في عموم الخبر قال في الإقناع إن نوى رد المشيئة إلى الفعل لم يقع الطلاق ولا العتق به لأن الطلاق أو العتق يمين إذ هو تعليق على ما يمكن فعله فإذا أضافه إلى مشيئة الله تعالى لم يقع لحديث ابن عمر مرفوعا ((من حلف على يمين فقال إن شاء الله فلا حنث عليه)) رواه الخمسة إلا أبا داود، فمن قال لزوجته أنت طالق=

لرضى زيد أو لمشيئته طلقت في الحال[1] فإن قال أردت الشرط دين، وهل يقبل في الحكم؟ يخرج على روايتين[2]. وإن قال إن كنت تحبين أن يعذبك الله بالنار فأنت طالق أو قال إن كنت تحبينه بقلبك فأنت طالق فقالت أنا أحبه فقد توقف أحمد عنها وقال القاضي تطلق[3] والأولى أنها لا تطلق إذا كانت كاذبة[4].

= لتدخلن الدار إن شاء الله لم تطلق دخلت أو لم تدخل لأنها إن دخلت فقد فعلت المحلوف عليه وإن لم تدخل علمنا أن الله تعالى لم يشأ لأنه لو شاء وجد فما شاء كان وما لم يشأ لم يكن، وإن لم ينو رد المشيئة إلى الفعل وقع الطلاق والعتاق لما ذكر أولاً. المبدع(٦/٣٩٢-٣٩٣).

على قوله: ((فأنت طالق)) أو حرة. المبدع(٦/٣٩٢).

(١) قوله: ((فإن قال أنت طالق لرضا زيد إلخ)) بلا نزاع لأن معناه أنت طالق لكونه قد شاء ذلك أو رضيه. المبدع(٦/٣٩٣).

(٢) قوله: ((وإن قال إلخ)) إحداهما: يقبل في الحكم على الصحيح من المذهب وهو أظهر الوجهين لأصحاب الشافعي لأن ذلك يستعمل للشرك كقوله أنت طالق للسنة، والثانية: لا لأنه خلاف الظاهر. المبدع(٦/٣٩٣).

[فائدة] لو قال إن رضى أبوك فأنت طالق فقال أبوها ما رضيت ثم قال رضيت طلقت لأنه مطلق فكان متراخيا ذكره في الفنون وإن قوما قالوا ينقطع بالأول. المبدع(٦/٣٩٣). وجزم بالأول في الإقناع. انظر/ كشاف القناع(٥/٣٥٩).

(٣) قوله: ((وإن قال إن كنت تحبين إلخ)) ما قاله القاضي ذكره ابن عقيل مذهبا ومذهب العلماء كافة سوى محمد بن الحسين وجزم به في الوجيز وهو قول أصحاب الرأى لأن ما في القلب لا يوقف عليه إلا من اللفظ فاقتضى تعليق الحكم بلفظها صادقة او كاذبة. انظر/ المبدع(٦/٣٩٣).

(٤) قوله: ((والأولى إلخ)) وهذا المذهب وقاله أبو ثور لأن المحبة في القلب ولا يوجد من أحد محبته وخبرها بالمحبة كذب لا يلتفت إليه. المبدع(٦/٣٩٣-٣٩٤).

[فوائد] مثل ذلك خلافاً ومذهباً لو قال إن كنت تبغضين الجنة فأنت طالق فقالت أنا أبغضها وكذا لو قال إن كنت تبغضين الحياة ونحو ذلك مما يعلم أنها تحبه. المبدع(٦/١١٢).

(الثانية) لو قالت امرأته أريد أن تطلقني فقال إن كنت تريدين أو إن أردت أن أطلقك فأنت طالق فظاهر الكلام أنها تطلق بإرادة مستقبلة ودلالة الحال على أنه أراد إيقاعه للإرادة التي أخبرته بها ونصر الثاني العلامة ابن القيم في الإعلام. الإنصاف(٩/١١٢).

(الثالثة) تعليق عتق كطلاق فيما تقدم.

على قوله: ((إذا رأيت الهلال)) أى بعد الغروب على المذهب أو أكملت العدة وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة لا تطلق حتى تراه، ولو لم ير الهلال حتى أقمر لم تطلق=

فصل في مسائل متفرقة

إذا قال أنت طالق إذا رأيت الهلال طلقت إذا رؤي إلا أن ينوي حقيقة رؤيتها فلا يحنث حتى تراه، وإن قال من بشرتني بقدوم أخي فهي طالق فأخبره به امرأتاه طلقت الأولى منهما إلا أن تكون الثانية هي الصادقة وحدها فتطلق وحدها[1] وإن قال من أخبرتني بقدومه فهي طالق فكذلك عند القاضي وعند أبي الخطاب يطلقان[2] وإن حلف لا يفعل شيئاً ففعله ناسيا حنث في الطلاق

((**من بشرتني**)) التبشير: الإخبار بما يظهر أثره على البشرة، وهو ظاهر جلد الإنسان، سواء كان خيراً أو شراً، لكنه لا يستعمل في الشر إلا مقيداً به، كقوله تعالى: ﴿ بَشِّرِ ٱلْمُنَٰفِقِينَ بِأَنَّ لَهُمْ عَذَابًا أَلِيمًا ﴾ [النساء: ١٣٨]، وعند إطلاقه، لا يكون إلا في الخير.

= وهل يقمر بعد ثالثة قدمه في الرعاية أو باستدارته أو ببهر ضوئه فيه ثلاثة أقوال، قال القاضي لا يبهر ضوؤه إلا في ليلة سابعة حكاه عن أهل اللغة. الشرح الكبير(٤/٥٠١).

(١) قوله: ((وإن قال من بشرتني إلخ)) إنما طلقت الأولى وحدها لأن التبشير خبر صدق يتغير به بشرة الوجه من سرور أو غم وقد حصل بخبر الأولى، واشترطنا صدقها لأنه متى علم أنه كذب زال السرور فإن كانت الثانية هي الصادقة طلقت وحدها لأن السرور إنما حصل بخبرها هذا إذا أخبرته إحداهما بعد الأخرى وإن بشره بذلك اثنتان أو ثلاث أو أربع دفعة واحدة طلقن كلهن قال في الإنصاف لا أعلم في هذا خلافا لأن ((من)) تقع على الواحد فما زاد قال تعالى: ﴿ فَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ ﴾ الآية و ﴿ وَمَن يَقْنُتْ مِنكُنَّ لِلَّهِ وَرَسُولِهِۦ ﴾ . انظر/ المبدع(٦/٣٩٥).

(٢) قوله: ((وإن قال من أخبرتني إلخ)) يعني أن حكم هذه المسئلة عند القاضي حكم التي قبلها من التفصيل والحكم وكذا قال في المحرر والفروع وغيرهما وجزم به في الإقناع لأن المراد بالخبر الإعلام ولا يحصل إلا بالخبر الصادق، وعند أبي الخطاب تطلق الصادقة والكاذبة لأن الخبر يدخله الصدق والكذب. المبدع(٦/٣٩٦).

[فائدة] لو قال إن لبست ثوباً فأنت طالق ونوى معينا دين على الصحيح من المذهب ويقبل حكما، وعنه لا يقبل. وإن لم يقل ثوبا فالحكم كذلك على الصحيح من المذهب. الإنصاف(٩/١١٤).

[فائدة] إذا قال أول من يقوم منكن فهي طالق أو قال لعبيده أول من قام منكم فهو حر فقام الكل دفعة واحدة لم يقع طلاق ولا عتق لأنه لا أول فيهم، وإن قام واحدة وواحدة ولم يقم بعده أحد فوجهان أحدهما يقع الطلاق أو العتق لأن الأول ما لم يسبقه شيء والثاني لا يقع لأن الأول ما بعده شيء ولم يوجد فعلى هذا لا يحكم بوقوع ذلك ولا انتفائه حتى ييئس من قيام أحد منهم فتنحل يمينه. الشرح الكبير(٤/٥٠٢).

والعتاق ولم يحنث في اليمين المكفرة في ظاهر المذهب، وعنه يحنث في الجميع وعنه لا يحنث في الجميع[1]، وإن حلف لا يدخل على فلان بيتا أو لا يكلمه ولا يسلم عليه أو لا يفارقه حتى يقضيه حقه فدخل بيتا هو فيه ولم يعلم أو سلم على قوم هو فيهم ولم يعلم أو قضاه حقه ففارقه فخرج رديئا أو أحاله بحقه ففارقه ظنا منه أنه قد برئ خرج على الروايتين في الناسي والجاهل[2] وإن

---

(١) قوله: ((وإن حلف لا يفعل شيئاً إلخ)) الأول المذهب وهو قول أبي عبيد وعنه لا يحنث في الجميع بل يمينه باقية وهذا قول عطاء وعمرو بن دينار وابن أبي نجيح وإسحاق وابن المنذر وهو ظاهر مذهب الشافعي وقدمه في الخلاصة قال في الفروع وهذا أظهر قال في الإنصاف وهو الصواب واختاره الشيخ تقي الدين لقوله تعالى: ﴿ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَآ أَخْطَأْتُم بِهِۦ وَلَٰكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ ﴾ وقال ﷺ: ((إن الله تجاوز لأمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه))، ولأنه غير قاصد للمخالفة فلم يحنث كالنائم والمجنون ولأنه أحد طرفي اليمين فاعتبر فيه القصد كحالة الابتداء وعنه يحنث في الجميع ويلزمه الكفارة في اليمين المكفرة وهو قول سعيد بن جبير ومجاهد والزهري وقتادة وربيعة ومالك وأصحاب الرأي والقول الثاني للشافعي لأنه فعل ما حلف عليه قاصداً لفعله ووجه الأولى أن الكفارة إنما تجب لرفع الإثم ولا إثم على الناسي للآية المتقدمة والخبر وأما الطلاق والعتاق فهو معلق بشرط فيقع بوجود شرطه من غير قصد كما لو قال أنت طالق إن طلعت الشمس أو قدم الحاج وأما إن فعل المحلوف مكرها أو مجنونا أو مغمى عليه أو نائماً لم يحنث في هذه الأحوال ومن يمتنع بيمين الحالف ويقصد الحالف منعه من المحلوف عليه كزوجته وولده وغلامه وقرابته إذا حلف عليه فهو في الجهل والنسيان والإكراه، فمن حلف على زوجته أو نحوها لا تدخل داراً فدخلتها مكرهة لم يحنث مطلقاً وإن دخلتها جاهلة أو ناسية فعلى التفصيل السابق. انظر/ الشرح الكبير(٤/٥٠٢-٥٠٣)، المبدع(٦/٣٩٦-٣٩٧)، الإنصاف(٩/١١٥-١١٦).

(٢) قوله: ((وإن حلف لا يدخل على إنسان بيتاً إلخ)) قال الشارح وكذا إن حلف لا يبيع لزيد ثوبا فوكل زيد من يدفعه إلى من يبيعه إلى الحالف فباعه من غير علمه فهو كالناسي، وكذا إن حلف لا يكلم فلاناً فسلم عليه يحسبه أجنبياً ففي الناسي روايتان وتقدمتا والجاهل مقيس عليه لأنه غير قاصد للمخالفة وقد سبق دليل ذلك وجزم في الإقناع أنه يحنث في هذه المسائل كلها لأنه فعل ما حلف عليه قاصداً لفظه فحنث كما لو تعمده إلا في السلام يعني إذا سلم على قوم هو فيهم فلم يعلم به أو سلم عليه يظنه أجنبياً أو كلمه يظنه أجنبياً لأنه لم يقصده بكلامه ولا سلامه. المبدع(٦/٣٩٧-٣٩٨).

[فائدتان] اختار الشيخ تقي الدين فيمن حلف على غيره ليفعلنه فخالفه لم يحنث إن قصد=

حلف لا يفعل شيئاً ففعل بعضه لم يحنث وعنه يحنث إلا أن ينوي جميعه[1] وإن حلف ليفعلنه لم يبر حتى يفعل جميعه[2] وإذا حلف لا يدخل دارا فأدخلها بعض جسده أو دخل طاق الباب أو لا يلبس ثوبا من غزلها فلبس ثوبا فيه منه أو لا يشرب ماء هذا الإناء فشرب بعضه خرج على الروايتين[3] وإن حلف لا يشرب ماء هذا النهر فشرب منه حنث[4] وإن حلف لا يلبس ثوبا اشتراه زيد أو نسجه

= إكرامه لا إلزامه به لأنه كالأمر ولا يجب لأمره عليه الصلاة والسلام أبا بكر بوقوفه في الصف ولم يقف ولأن أبا بكر أقسم ليخبرنه بالصواب والخطأ لما فسر الرؤيا فقال لا تقسم لأنه علم أنه لم يقصد الإقسام عليه مع المصلحة المقتضية للكتم، وقال أيضاً إن لم يعلم المحلوف عليه بيمينه فكالناسي قال في الفروع وعدم حنثه هنا أظهر. انتهى. الإنصاف(٩/١١٧).

(الثانية) لو حلف لا تأخذ حقك مني فأكره على دفعه إليه أو أخذه منه قهراً حنث جزم به المصنف وغيره لأن المحلوف عليه فعل الأخذ مختاراً وإن أكره صاحب الحق على أخذه خرج على الخلاف إذا حلف لا يفعل شيئاً ففعله مكرهاً. الإنصاف(٩/١١٨).

(١) قوله: ((وإن حلف لا يفعل شيئاً إلخ)) الأول المذهب ما لم يكن له نية أو سبب أو قرينة نص عليه فيمن حلف على امرأته لا تدخل بيت أختها لم تطلق حتى تدخل كلها وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي لأن النبي ﷺ كان يخرج رأسه وهو معتكف إلى عائشة فترجله والمعتكف ممنوع من الخروج إلى المسجد، وعنه يحنث الخ حكى ذلك عن مالك وهو اختيار القاضي والخرقي وأبي بكر وغيرهم لأن اليمين تقتضى المنع من فعل المحلوف عليه فاقتضت المنع من فعل شيء منه كاليمين. انظر/ الشرح الكبير(٤/٥٠٢)، المبدع(٦/٣٩٨)، الإنصاف(٩/١١٨).

(٢) قوله: ((وإن حلف ليفعلنه إلخ)) أى بالدخول إلى الدار بجملته قال الشارح لا يختلف المذهب في ذلك ولا نعلم بين أهل العلم فيه اختلافا لأن اليمين تناولت فعل الجميع فلا يبرأ إلا بفعله. المبدع(٦/٣٩٨)، الشرح الكبير(٤/٥٠٣-٥٠٤).

(٣) قوله: ((وإن حلف لا يدخل دارا إلخ)) وكذا لو حلف لا يبيع عبده ولا يهبه فباع نصفه ووهب نصفه فحكمها حكم ما إذا فعل بعض المحلوف عليه والمذهب أنه لا يحنث كما تقدم. المبدع(٦/٥٠٤).

(٤) قوله: ((وإن حلف لا يشرب ماء هذا النهر إلخ)) أى حنث وجهاً واحداً لأن فعل الجميع ممتنع فلا تنصرف يمينه إليه، وكذلك إن قال والله لا آكل الخبز ولا أشرب الماء وما أشبهه مما علق على اسم جنس أو علقه على اسم جمع كالمسلمين والمشركين والفقراء والمساكين فإنه يحنث بالبعض وبه قال أبو حنيفة وسلم أصحاب الشافعي في اسم الجنس دون الجمع. المبدع(٦/٣٩٨).

[فائدة] لو حلف لا ألبس من غزلها ولم يقل ثوبا فلبس ثوبا فيه منه أو لا آكل طعاماً اشترته=

أو لا يأكل طعاما طبخه فلبس ثوبا نسجه هو وغيره أو اشترياه أو أكل من طعام طبخاه فعلى روايتين[1] وإن اشترى غيره شيئاً فخلطه بما اشتراه فأكل أكثر مما اشتراه شريكه حنث[2] وإن أكل مثله فعلى وجهين[3].

باب التأويل في الحلف

ومعنى التأويل أن يريد بلفظه ما يخالف ظاهره[4] فإن كان الحالف ظالمًا لم ينفعه

= فأكل طعاما شوركت في شرائه فقيل هو على الخلاف اختاره القاضي وأبو الخطاب وقيل يحنث هنا قولا واحدا وهو الصحيح قدمه في الفروع واختاره المجد والمصنف. الإنصاف(٩/١١٩).

(١) قوله: ((وإن حلف لا يلبس ثوباً إلخ)) إحداهما يحنث وهو الصحيح من المذهب اختاره أبو بكر والمصنف والقاضي والشريف وأبو الخطاب وغيرهم كما لو حلف أن لا يلبس من غزل فلانة فلبس ثوبا من غزلها وغزل غيرها، والثانية لا يحنث وهو قول أبي حنيفة والشافعي لأنه لم يلبس ثوباً كاملاً من غزلها. انظر/ الشرح الكبير(٤/٥٠٥).

(٢) قوله: ((فأكل أكثر حنث)) وجهًا واحدًا لأنه يعلم بالضرورة أنه أكل مما اشتراه زيد وهو شرط الحنث. المبدع (٦/٣٩٩).

(٣) قوله: ((وإن أكل مثله إلخ)) أحدهما لا يحنث وهو الصحيح لأن الأصل عدم الحنث و لم نتيقنه، والثاني يحنث لأنه يستحيل في العادة انفراد ما اشتراه زيد من غيره فيكون الحنث ظاهرًا. المبدع (٦/٣٩٩-٤٠٠)

(٤) قوله: ((ومعنى التأويل إلخ)) وذلك أن يحلف إنه أخي يريد بذلك أخوة الإسلام أو يعني بالسقف والبناء السماء والبساط والفراش الأرض وبالأوتاد الجبال وباللباس الليل أو يقول ما رأيت فلانًا أي ما ضربت رئته ولا ذكرته أي ما قطعت ذكره أو يقول جواري أحرار أي سفنه ونسائي طوالق يعني نساء الأقارب منه أو يقول ما كاتبت فلانًا ولا عرفته ولا أعلمته ولا سألته حاجة ولا شربت له ماء ولا في بيتي فرش ولا حصير يعني بالمكاتبة مكاتبة الرقيق وبالتعريف جعله عريفًا وبالإعلام جعله أعلم الشفة والحاجة شجرة صغيرة والفرش صغار الإبل والحصير الحبس، أو يقول والله ما أكلت منه هذا شيئًا ولا أخذت منه يعني الباقي بعد أخذه وأكله. المبدع (٦/٤٠٠).

(فصل) ولا يخلو حال الحالف المتأول من ثلاثة أحوال: (أحدها) أن يكون مظلومًا مثل أن يستحلفه ظالم على شيء لو صدقه لظلمه أو ظلم غيره أو نال مسلمًا منه ضرر فهذا له تأويله نص عليه في رجل له امرأتان اسم كل واحدة منهما فاطمة فماتت واحدة فحلف بطلاق فاطمة ونوى التي ماتت قال إن كان المستحلف له ظالمًا فالنية نية صاحب الطلاق وإن كان المطلق هو الظالم فالنية نية الذي استحلفه.

(الحال الثاني) أن يكون الحالف ظالمًا كالذي يستحلفه الحاكم على حق عنده فهذا تنصرف يمينه إلى ظاهر الذي عناه المستحلف ولا ينفع الحالف تأويله وبهذا قال الشافعي ولا=

تأويله لقول رسول الله ﷺ: «يمينك على ما يصدقك به صاحبك» وإن لم يكن ظالمًا فله تأويله فإذا أكلا تمرًا فحلف لتخبرني بعدد ما أكلت أو لتميزن نوى ما أكلت فإنها تفرد كل نواة وحدها وتعد من واحدة إلى عدد يتحقق دخول ما أكل فيه وإن حلف ليقعدن على بارية في بيته ولا يدخله بارية فإنه يدخل قصبًا فينسجه فيه وإن حلف ليطبخن قدرًا برطل ملح ويأكل منه ولا يجد طعم الملح فإنه يسلق به بيضًا وإن حلف لا يأكل بيضًا ولا تفاحًا وليأكلن مما في هذا الوعاء فوجده بيضًا وتفاحًا فإنه يعمل من البيض ناطفًا ومن التفاح شرابًا وإن كان على سلم فحلف لا صعدت إليك ولا نزلت إلى هذه ولا أقمت مكاني ساعة فلتنزل العليا وتصعد السفلى فتنحل يمينه وإن حلف لا أقمت عليه ولا نزلت منه ولا صعدت فيه فإنه ينتقل إلى سلم آخر وإن حلف لا أقمت في هذا الماء ولا خرجت منه فإن كان جاريًا لم يحنث إذا نوى ذلك بعينه

«بر» بفتح الباء، أي: صدق. يبر بفتحها.

«لتخبرني» هو بكسر الراء مسند إلى ياء المخاطبة محذوفة.

«على بارية» البارية بالتشديد: هي المنسوجة من القصب، يقال لها: باريٌّ، وبارية، وبوري، بتشديد الثلاث، وبارِيَّاء، وبُوريَّاء، ممدودين: خمس لغات.

قال الأصمعي: البورياء بالفارسية، وهي بالعربية: باريٌّ، وبُوْرِيٌّ.

«يعمل من البيض ناطفًا» الناطف: القُبَّيْطي، وهي ضرب من الحلواء.

= نعلم فيه مخالفًا فإن أبا هريرة قال قال رسول الله ﷺ: «يمينك على ما يصدقك به صاحبك» رواه مسلم وأبو داود، وعن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ: «اليمين على نية المستحلف» رواه مسلم ولأنه لو ساغ التأويل لبطل المعنى المبتغى لليمين وصار التأويل وسيلة إلى جحد الحقوق قال إبراهيم في رجل استحلفه السلطان على شيء بالطلاق فورى في يمينه إلى شيء: أجزأ عنه، وإن كان ظالمًا لم تجزئ عنه التورية.

(الحال الثالث) أن لا يكون ظالمًا أو مظلومًا فظاهر كلام أحمد أن له تأويله فإنه روي عنه أن مهنا كان عنده والمروذي وجماعة فجاء رجل يطلب المروذي ولم يرد المروذي أن يكلمه فوضع «مهنا» أصبعه في كفه وقال ليس المروذي ههنا وما يصنع المروذي ههنا وما ينكره أحمد، وروي أن مهنا قال إني أريد الخروج يعني السفر إلى بلده وأحب أن تسمعني الجزء الفلاني فأسمعه إياه ثم رآه بعد ذلك فقال ألم تقل إني أريد الخروج؟ فقال له قلت لك إني أريد الخروج الآن؟ فلم ينكر عليه وهذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه خلافًا. انظر / الشرح الكبير (٤/٥٠٦-٥٠٨).

وإن واقفًا حمل منه مكرهًا وإن استحلفه ظالم ما لفلان عندك وديعة وكانت له عنده وديعة فإنه يعني (بما) الذي ويبر في يمينه وإن حلف له ما فلان ههنا وعنى موضعًا معينًا بر في يمينه وإن حلف على امرأته أنه لا سرقت مني شيئًا فخانته في وديعة لم يحنث إلا أن ينوي.

باب الشك في الطلاق[(١)]

إذا شك هل طلق أو لا لم تطلق[(٢)] وإذا شك في عدد الطلاق بنى على اليقين[(٣)] وقال الخرقي إذا طلق فلم يدر أواحدة طلق أم ثلاثًا لا يحل له وطؤها حتى يتيقن[(٤)] وكذلك قال فيمن حلف بالطلاق لا يأكل تمرة فوقعت في تمر فأكل منه

---

(١) الشك هنا مطلق التردد سواء كان على السواء أو ترجح أحد الطرفين. المبدع (٦/ ٤٠٥).

(٢) قوله: ((إذا شك إلخ)) هذا بلا نزاع وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي لأن النكاح ثابت بيقين فلا يزول بالشك ويشهد له حديث عبد الله بن زيد مرفوعًا أنه سئل عن الرجل يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة فقال لا ينصرف حتى يسمع صوتًا أو يجد ريحًا. لكن قال المصنف ومن تابعه: الورع التزام الطلاق فإن كان المشكوك فيه رجعيًا راجع امرأته إن كان مدخولاً بها وإلا جدد نكاحها إن كان غير مدخول بها أو قد انقضت عدتها، وإن شك في طلاق ثلاث طلقها واحدة أو تركها حتى تنقضي عدتها فيجوز لغيره نكاحها وأما إذا لم يطلقها فيقين نكاحه باق فلا تحل لغيره. انظر/ الشرح الكبير (٤/٥٠٩-٥١٠).

[فائدة] لو شك في شرط الطلاق لم يلزمه مطلقًا على الصحيح من المذهب وقيل يلزمه مع شرط عدمي نحو لقد فعلت كذا أو إن لم أفعله اليوم فمضى وشك في فعله وأفتى الشيخ تقي الدين فيمن حلف ليفعلن شيئًا ثم نسيه أنه لا يحنث لأنه عاجز عن البر. الإنصاف (٩/١٣٦).

(٣) قوله: ((وإن شك في عدد الطلاق إلخ)) هذا المذهب بلا ريب نص عليه وعليه الأصحاب خلا الخرقي قال أحمد في رواية ابن منصور في رجل لفظ بطلاق امرأته لا يدري واحدة أم ثلاثًا فقال أما الواحدة فقد وجبت عليه وهي عنده حتى يستيقن، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي لأن ما زاد على القدر الذي تيقنه طلاق مشكوك فيه فلم يلزمه كما لو شك في أصل الطلاق. إذا ثبت هذا فإنه تبقى أحكامه أحكام المطلق دون الثلاث من إباحة الرجعة وإذا راجع عادت إلى ما كانت عليه قبل الطلاق. انظر/ الشرح الكبير (٤/٥١٠).

(٤) قوله: ((وقال الخرقي إلخ)) ونحوه قول مالك وهو رواية عن أحمد لأنه متيقن للتحريم شاك في التحليل وعليه نفقتها ما دامت في العدة لأن الأصل بقاؤها استنادًا لبقاء=

واحدة منع من وطء امرأته حتى يتيقن أنها ليست التي وقعت اليمين عليها ولا يتحقق حنثه حتى يأكل التمر كله[1] وإن قال لامرأتيه: إحداكما طالق ينوي واحدة معينة طلقت وحدها فإن لم ينو أخرجت المطلقة بالقرعة[2] وإن طلق

= النكاح ولأنه لو تنجس ثوبه و لم يدر موضع النجاسة منه لا يحل أن يصلي فيه حتى يغسل ما تيقن به طهارته فكذا هنا وظاهر كلام الإمام والأصحاب أنه إذا راجعها حلت له وهو قول أبي حنيفة والشافعي لأن التحريم المتعلق بما تيقنه يزول بالرجعة يقينًا فإن التحريم أنواع تحريم تزيله الرجعة وتحريم يزيله نكاح جديد وتحريم يزيله نكاح بعد زوج وإصابة. ومن تيقن الأدنى لا يثبت فيه حكم الأعلى كمن تيقن الحدث الأصغر لا يثبت فيه حكم الأكبر، ويخالف الثوب فإن غسل بعضه لا يرفع ما تيقنه من النجاسة قال الزركشي ولضعف هذا القول لم يلتفت إليه القاضي في تعليقه وحمل كلامه على الاستحباب. الشرح الكبير (٤/٥١٠-٥١١).

(١) قوله: «وكذلك قال – يعني الخرقي – فيمن حلف الخ»، هذه المسألة لا تخلو من أحوال ثلاثة: أحدها أن يتيقن أكل التمرة المحلوف عليها إما بأن يعرفها بعينها أو صفتها أو يأكل التمر كله أو الجانب الذي وقعت فيه كله فيحنث بلا خلاف بين أهل العلم لأنه أكل التمرة المحلوف عليها. المبدع (٦/٤٠٦-٤٠٧).

(الثاني) أن يتحقق أنه لم يأكلها إما بأن لا يأكل من التمر شيئًا أو أكل شيئًا يعلم أنه غيرها فلا يحنث أيضًا بلا خلاف.

(الثالث) يأكل من التمر شيئًا واحدة أو أكثر إلى أن لا يبقى منه إلا واحدة و لم يدر أكلها أو لا فهذه مسألة الخرقي فلا يتحقق لأن الباقية يحتمل أنها المحلوف عليها ويقين النكاح ثابت فلا يزول بالشك وهذا قول الشافعي وأصحاب الرأي فعلى هذا يكون حكم الزوجية باقيًا في لزوم نفقتها وكسوتها ومسكنها وسائر أحكامها إلا في الوطء فإن الخرقي قال يمنع من وطئها لأنه شاك في حلها فحرمت عليه كما لو اشتبهت عليه امرأته بأجنبية، وذكر أبو الخطاب أنها باقية على الحل وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب وهو مذهب الشافعي لأن الأصل الحل فلا يزول بالشك كسائر أحكام النكاح ولأن النكاح باق حكمًا فأثبت الحل كما لو شك هل طلق أو لا؟ الشرح الكبير (٤/٥١١).

(٢) قوله: «وإن قال لامرأتيه إلخ» إن نوى معينة طلقت وحدها بلا خلاف لأنه عينها بنيته فأشبه ما لو عينها بلفظه وإذا لم ينو أخرجت واحدة بالقرعة على الصحيح من المذهب نص عليه في رواية جماعة وبه قال الحسن وأبو ثور، وقال قتادة ومالك يطلقن جميعًا وقال حماد بن أبي سليمان والثوري وأبو حنيفة والشافعي له أن يختار أيتهن شاء فيوقع عليها الطلاق لأنه يمكن إيقاعه ابتداء وتعيينه فإذا أوقعه و لم يعينه ملك تعيينه. ولنا أن ما ذكرناه مروي عن علي وابن عباس ولا مخالف لهما في الصحابة ولأنه =

واحدة بعينها وأنسيها فكذلك عند أصحابنا[1] وإن تبين أن المطلقة غير التي

= إزالة ملك بني على التغليب والسراية فتدخله القرعة كالعتق ولأن الحق لواحد غير معين فوجب تعيينه بالقرعة كالحرية في العبيد إذا أعتقهم في مرضه و لم يخرج جميعهم من الثلث، وأما الدليل على أنهن لا يطلقن جميعًا أنه أضاف الطلاق إلى واحدة فلم يطلق الجميع. الشرح الكبير (٤/١١٥).

[فوائد] الأول لا يجوز له أن يطأ إحداهما قبل القرعة أو التعيين على الرواية الأخرى وليس الوطء تعيينًا لغيرها على الصحيح من المذهب. الإنصاف (٩/١٤٠).

(الثانية) لا يقع الطلاق بالتعيين بل يتبين وقوعه على الصحيح من المذهب. الإنصاف (٩/ ١٤٠).

(الثالثة) لو مات أقرع وارثه بينهما فمن وقعت عليها القرعة بالطلاق فحكمها في الميراث حكم ما لو عينها بالتطليق وقيل يقف الأمر حتى يصطلحوا. الإنصاف (٩/١٤٠).

(الرابعة) إذا ماتت إحداهما ثم مات هو قبل البيان فكذلك والإقراع إذا ماتت واحدة وهي من مفردات المذهب. الإنصاف (٩/١٤١).

(الخامسة) إذا ماتت المرأتان أو إحداهما عين المطلق لأجل الإرث فإن كان نوى المطلقة حلف لورثة الأخرى أنه لم ينوها وورثها أو الحية و لم يرث الميتة، وإن كان ما نوى إحداهما أقرع على الصحيح أو يعين على الرواية الأخرى، فإن عين الحية للطلاق صح وحلف لورثة الميتة أنه لم يطلقها وورثها وإن عينها للطلاق لم يرثها وحلف للحية. وعنه يعتزلهما إذا ماتا حتى يتبين الحال. الإنصاف (٩/١٤١).

(السادسة) لو قال لزوجته أو أمتيه إحداكما طالق أو حرة غدًا فماتت إحداهما قبل الغد طلقت وعتقت الباقية على الصحيح من المذهب وهو قول أبي حنيفة وقيل لا تطلق ولا تعتق إلا بقرعة تعينها. انظر/ الإنصاف (٩/١٤١).

(١) قوله: «وإن طلق واحدة إلخ» وهو المذهب نص عليه نقله الجماعة عن أحمد فإذا طلق امرأة من نسائه وأنسيها أخرجت بالقرعة، قال الزركشي هذا منصوص أحمد لأنه بعد النسيان لا يعلم المطلقة منهما فوجب أن تشرع القرعة فيها، قال المصنف هنا: والصحيح أن القرعة لا مدخل لها إلخ وهو رواية عن أحمد فروى إسماعيل بن سعيد عن أحمد أن القرعة لا تستعمل هنا لمعرفة الحل وإنما تستعمل لبيان الميراث قال في الشرح لا ينبغي أن يثبت الحل بالقرعة وهو قول أكثر أهل العلم فالكلام إذاً في شيئين أحدهما استعمال القرعة في المنسية في التوريث، الثاني استعمالها في الحل والأول جائز؛ لأن الحقوق إذا تساوت على وجه لا يمكن التمييز إلا بالقرعة صح كالشرط في القسمة، وأما الثاني فلا يصح استعمالها؛ لأنها اشتبهت زوجته بأجنبية فلم تحل إحداهما بالقرعة. المبدع(٦/٤٠٨)، إنصاف(٩/١٤١).

[فائدة] إذا قال امرأتي طالق وأمتي حرة وله نساء وإماء ونوى معينة انصرف إليها، وإن نوى واحدة مبهمة فهي مبهمة فيهن، وإن لم ينو شيئاً فقال أبو الخطاب: يطلق=

خرجت عليها القرعة ردت إليه في ظاهر كلامه إلا أن تكون قد تزوجت أو يكون بحكم الحاكم[1] وقال أبو بكر وابن حامد تطلق المرأتان، والصحيح أن القرعة لا مدخل لها هاهنا ويحرمان عليه جميعا كما لو اشتبهت امرأته بأجنبية، وإن طار طائر فقال إن كان هذا غرابا ففلانة طالق وإن لم يكن غرابا ففلانة طالق ولم يعلم حاله فهي كالمنسية[2] وإن قال إن كان غرابًا ففلانة طالق وإن كان حمامًا ففلانة طالق لم تطلق واحدة منهما إذا لم يعلم[3] وإن قال إن كان غرابًا فعبدي حر فقال آخر إن لم يكن غرابًا فعبدي حر ولم يعلماه لم يعتق عبد واحد منهما، فإن اشترى أحدهما عبدًا لآخر أقرع بينهما حينئذ[4] وقال القاضي

= نساءه كلهن ويعتق إماءه لأن الواحد المضاف يراد به الكل؛ لقوله تعالى: ﴿ وَإِن تَعُدُّواْ نِعۡمَتَ ٱللَّهِ لَا تُحۡصُوهَآ ﴾ ولأن ذلك يروى عن ابن عباس وجزم بهذا في الإقناع وقال الجماعة: يقع على واحدة منهن وحكمه حكم ما لو قال إحداكن طالق وإحداكن حرة؛ لأن لفظ الواحد لا يستعمل في الجمع إلا مجازا. الشرح الكبير (٥١٢/٤).

(١) قوله: «وإن تبين أن المطلقة إلخ» وهذا المذهب فيهما وعليه جماهير الأصحاب؛ لأنها إذا تزوجت فقد تعلق بها حق الزوج الثاني فلا يقبل قوله في فسخ نكاحه وإذا كانت الفرقة من قبل الحاكم لم يمكن الزوج رفعها. المبدع(٤٠٨/٦).

(٢) قوله: «وإن طار طائر إلخ» يعني في الخلاف والمذهب وهو صحيح وقاله الأصحاب.الإنصاف (١٤٣/٩).

(فائدتان) إذا رأى رجلان طائرين فحلف أحدهما بالطلاق أنه غراب وحلف الآخر أنه حمام فطار ولم يعلما حاله لم يحكم بحنث واحد منهما؛ لأنه يقين النكاح ثابت ووقوع الطلاق مشكوك فيه، فإذا ادعت امرأة أحدهما حنثه فيهما فالقول قوله لأن الأصل معه مبدع (١٤٣/٨-١٤٤).

(٣) قوله: «وإن قال إن كان غرابًا إلخ» لا نعلم فيه خلافًا لأنه يحتمل أنه غيرهما فلا يزول يقين النكاح بالشك في الحنث فإن ادعت حنثه قبل قوله. الإنصاف (١٤٤/٩).

(٤) قوله: «وإن قال إن كان غرابًا فعبدي حر إلخ» أي لم يحكم بعتق واحد من العبدين لأن الأصل بقاء الرق، وقال في القاعدة الرابعة عشرة لو كانا أمتين ففيها الوجهان وقياس المنصوص هنا أن يكف كل واحد عن وطء أمته حتى يتيقن. الإنصاف (٩/ ١٤٤) فإن اشترى أحدهما عبد الآخر أقرع بينهما حينئذ؛ هذا المذهب اختاره أبو الخطاب والمصنف والشارح لأن العبدين صارا له وقد علم عتق أحدهما لا بعينه فيعتق بالقرعة إلا أن يكون أحدهما أقر أن الحانث صاحبه فيؤخذ بإقراره. الإنصاف (٩/ ١٤٤).

يعتق الذي اشتراه[1] وإن قال لامرأته وأجنبية إحداكما طالق أو قال سلمى طالق واسم امرأته سلمى طلقت امرأته[2] فإن أراد الأجنبية لم تطلق[3] وإن ادعى ذلك دين، وهل يقبل في الحكم؟ يخرج على روايتين[4] وإن نادى امرأته فأجابته امرأة له أخرى فقال أنت طالق يظنها المناداة طلقتا في إحدى الروايتين والأخرى تطلق التي ناداها[5] وإن قال علمت أنها غيرها وأردت طلاق المناداة طلقتا معًا[6] وإن قال أردت طلاق الثانية طلقت وحدها[7] وإن لقي أجنبية ظنها امرأته فقال فلانة أنت طالق طلقت امرأته[8].

---

(١) قوله: «وقال القاضي إلخ» وهو مذهب الشافعي لأنه ينكر حنث نفسه وذلك يقتضي حنث رفيقه في الحلف فيكون مقرًا بحريته فإذا اشتراه وجب الحكم عليه. انظر/ الشرح الكبير (٤/٥١٨).

(٢) قوله: «وإن قال لامرأته وأجنبية إلخ» أي لأنه يملك طلاق غيرها ولأنه إزالة ملك أشبه ما لو باع ماله ومال غيره صح في ماله دون مال غيره. المبدع (٦/٤١١).

(٣) قوله: «فإن أراد إلخ» أي أنه لم يصرح بطلاقها ولا لفظ بما يقتضيه ولا نواه فوجب بقاء نكاحها. المبدع (٦/٤١١).

(٤) قوله: «وهل يقبل إلخ» إحداهما لا يقبل في الحكم إلا بقرينة وهو المذهب نص عليه لأن غير زوجته ليست محلاً لطلاقه، والثانية يقبل وبه قال أبو ثور وأصحاب الرأي لأنه فسر كلامه بما يحتمله. المبدع (٦/٤١١).

(٥) قوله: «وإن نادى امرأته إلخ» الرواية الأولى قال بها النخعي وقتادة والأوزاعي وأصحاب الرأي واختاره ابن حامد لأنه خاطبها بالطلاق وهي محل له والرواية الأخرى تطلق التي ناداها فقط وهو المذهب نص عليه قال أبو بكر لا يختلف قول أحمد أنها لا تطلق غير المناداة وهو قول الحسن والزهري وأبي عبيدة لأنه لم يقصدها بالطلاق فلم تطلق وقال الشافعي تطلق المجيبة وحدها لأنها مخاطبة بالطلاق.

(٦) قوله: «وإن قال علمت إلخ» أي بلا خلاف نعلمه لأن المناداة توجه إليها لفظ الطلاق ونيته والمجيبة توجه إليها بخطابها بالطلاق. الشرح الكبير (٤/٥٢٠).

(٧) قوله: «وإن قال أردت إلخ» أي لأنه مخاطبها بالطلاق ونواها به ولا يطلق غيرها لأن لفظه غير موجه إليها. المبدع (٦/٤١٢).

(٨) قوله: «وإن لقي أجنبية إلخ» نص عليه وقال الشافعي لا تطلق لأنه خاطب بالطلاق غيرها فلم يقع كما لو علم أنها أجنبية. ولنا أنه قصد زوجته بلفظ الطلاق. الشرح الكبير (٤/٥٢٠).

[تنبيه] ظاهر قوله «وإن لقي أجنبية فقال فلانة إلخ» إذا لم يسمها بل قال أنت طالق أنها لا تطلق وهو أحد الوجهين. والصحيح من المذهب أنها تطلق سواء سماها أو لا. =

كتاب الرجعة[1]

إذا طلق الحر امرأته بعد دخوله بها أقل من ثلاث والعبد واحدة بغير عوض فله رجعتها ما دامت في العدة رضيت أو كرهت[2]. وألفاظ الرجعة: راجعت امرأتي أو رجعتها أو ارتجعتها ورددتها أو أمسكتها[3]،فإن قال نكحتها أو

كتاب الرجعة

الرجعة: بفتح الراء، وبكسرها: مصدر رجعه: المرة، والحالة، وهي ارتجاع الزوجة المطلقة غير البائن إلى النكاح من غير استئناف عقد.

=[فائدة] لو لقي امرأته فظنها أجنبية – عكس مسألة المصنف – فقال أنت طالق ففي وقوع الطلاق روايتان إحداهما لا يقع قال ابن عقيل وغيره العمل عليه وجزم به في الوجيز واختاره أبو بكر وهو ظاهر ما قدم في المغني والشرح وصححه في تصحيح المحرر لأنه لم يردها بذلك فلم يبق شيء. والثانية يقع جزم به في تذكرة ابن عقيل والمنور، وكذا حكم العتق على الصحيح من المذهب. انظر/ الإنصاف (٩/١٤٧).

(١) الرجعة ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ ﴾ والمراد الرجعة وقال تعالى: ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾ أي بالرجعة. وأما السنة فلما روى ابن عمر قال «طلقت امرأتي وهي حائض فسأل عمر النبي صلى الله عليه وسلم فقال مره فليراجعها» متفق عليه، وروى أبو داود عن عمر قال «أن النبي صلى الله عليه وسلم طلق حفصة ثم راجعها». الشرح الكبير (٤/٥٢١).

(٢) قوله: «إذا طلق الحر إلخ» أجمع على ذلك أهل العلم وأجمعوا على أنه لا رجعة له عليها بعد انقضاء عدتها وقد ذكرنا أن الطلاق معتبر بالرجال ولا يعتبر رضا المرأة لقوله تعالى: ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ ﴾ أي في العدة فجعل الحق لهم وقال سبحانه: ﴿ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾ فخاطب الأزواج بالأمر ولم يجعل لهن اختيارًا. وقال الشيخ تقي الدين: لا يمكن من الرجعة إلا من أراد إصلاحًا وأمسك بمعروف فلو طلق إذًا ففي تحريمه الروايات. وقال: القرآن يدل على أنه لا يملكه وأنه لو أوقعه لم يقع كما لو طلق البائن، ومن قال إن الشرع ملك الإنسان ما حرم عليه فقد تناقض. المبدع (٦/٤١٤-٤١٥).

[تنبيه] ظاهر قوله بعد دخوله بها أنه لو خلا بها ثم طلقها يملك الرجعة لأن الخلوة بمنزلة الدخول وهو صحيح وهو المذهب. الإنصاف (٩/١٤٨).

(٣) قوله: «وألفاظ الرجعة إلخ» الصحيح من المذهب أن هذه الألفاظ الخمسة ونحوها صريح في الرجعة وعليه الأصحاب، وقيل الصريح من ذلك لفظ الرجعة. انظر المبدع (٦/٤١٥).

تزوجتها فعلى وجهين. وهل من شرطها الإشهاد؟ على روايتين[1] والرجعية زوجة يلحقها الطلاق والظهار والإيلاء[2] ويباح لزوجها وطؤها والخلوة والسفر بها ولها أن تتشرف له وتتزين[3] وتحصل الرجعة بوطئها نوى الرجعة به أو لم ينوه[4] ولا تحصل بمباشرتها والنظر إلى فرجها والخلوة بها لشهوة نص عليه[5]

---

(١) قوله: «وهل من شرطها الإشهاد إلخ» إحداهما لا يشترط وهو المذهب نص عليه في رواية ابن منصور وعليه جماهير الأصحاب وهو قول مالك وأبي حنيفة لأنها لا تفتقر إلى قبول فلم تفتقر إلى شهادة كسائر حقوق الزوج ولأن ما لا يشترط فيه الولي لا يشترط فيه الإشهاد كالبيع قال الشارح وهذا أولى إن شاء الله، والثانية يشترط وهذا أحد قولي الشافعي لقوله تعالى: ﴿ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾ وظاهر الأمر الوجوب ولأنه استباحة بضع مقصود فوجبت الشهادة فيه كالنكاح، فعلى هذه الرواية إن أشهد وأوصي الشهود بكتمانها فالرجعة باطلة نص عليه. ولا تفتقر الرجعة إلى ولي ولا صداق ولا رضا المرأة ولا علمها بإجماع أهل العلم لأن حكم الرجعية حكم الزوجات. الشرح الكبير (٥٢٢/٤).

(٢) قوله: «والرجعية زوجة يلحقها إلخ» وهذا المذهب وعليه الأصحاب وعنه لا يصح الإيلاء منها فعلى المذهب ابتداء المدة من حين اليمين ويرث أحدهما صاحبه إن مات بالإجماع وإن خالعها صح خلعه وقال الشافعي في أحد قوليه لا يصح لأنه يراد للتحريم وهي محرمة. ولنا أنها زوجة يصح طلاقها فصح خلعها كما قبل الطلاق وليس مقصود الخلع التحريم بل الخلاص من ضرر لزوج ونكاحه. المبدع (٤١٦/٦-٤١٧).

[فائدة] ظاهر قوله والرجعية زوجة أن لها القسم وهو ظاهر كلام أكثر الأصحاب، وصرح المصنف في المغني أنه لا قسم لها ذكره في الحضانة. الإنصاف (١٥١/٩).

(٣) قوله: «ويباح لزوجها وطؤها إلخ» وهذا المذهب وعليه أكثر الأصحاب وهذا مذهب أبي يحنيفة لأنها في حكم الزوجات فأبيحت له كما قبل الطلاق. وعنه ليست مباحة حتى يراجعها بالقول فلا تحصل بوطئها. وإن أكرهها فلها المهر إن لم يرتجعها بعده وهو ظاهر كلام الخرقي ومذهب الشافعي وحكى ذلك عن عطاء ومالك لأنها مطلقة فكانت محرمة ولا حد عليه بالوطء بغير خلاف. الشرح الكبير ٥٢٣/٤).

(٤) قوله: «وتحصل الرجعة بوطئها إلخ» هذا المذهب مطلقاً وعليه جماهير الأصحاب وهو قول سعيد بن المسيب والحسن وابن سيرين وعطاء وطاوس والزهري والثوري والأوزاعي وابن أبي ليلى وأصحاب الرأي قال بعضهم ويشهد، وعنه لا تحصل الرجعة بذلك إلا مع نية الرجعة، واختاره الشيخ تقي الدين، وقاله مالك وإسحاق. انظر/ الشرح الكبير (٥٢٣/٤).

(٥) قوله: «ولا تحصل بمباشرتها إلخ» يعني إذا قلنا تحصل الرجعة بالوطء لا تحصل بذلك أما مباشرتها والنظر إلى فرجها فلا تحصل الرجعة بأحدهما على الصحيح من المذهب قال الزركشي عليه الأصحاب وأما الخلوة فالصحيح من المذهب أن الرجعة لا تحصل بها=

وخرجه ابن حامد على وجهين، وعنه ليست مباحة ولا تحصل الرجعة بوطئها، وإن أكرهها عليه فلها المهر إن لم يرتجعها بعده. ولا يصح تعليق الرجعة بشرط[1] ولا الارتجاع في الردة[2] فإن طهرت من الحيضة الثالثة ولما تغتسل فهل له رجعتها؟ على روايتين[3]،وإن انقضت عدتها ولم يرتجعها بانت ولم تحل

«**ولما تغتسل**» لَمّا مشددة الميم: حرف نفي، أي: ولم تغتسل.

= كما قدمه المصنف هنا. المبدع (٦/٤١٧).

[فائدة] لا تحصل الرجعة بإنكار الطلاق. الإنصاف (٩/١٥٥).

(١) قوله: «ولا يصح تعليق الرجعة» الخ هذا المذهب، فلو قال راجعتك إن شئت أو كلما طلقتك فقد راجعتك لم يصح بلا نزاع لأنه راجعها قبل أن يملك الرجعة فأشبه الطلاق قبل النكاح، وإن قال إن قدم أبوك فقد راجعتك لم يصح لأنه تعليق على شرط. المبدع (٦/٤١٨).

(٢) قوله: «ولا الارتجاع في الردة» إن قلنا تتعجل الفرقة بمجرد الردة لم يصح الارتجاع لأنها قد بانت وإن قلنا لا تتعجل فجزم المصنف هنا أن الارتجاع لا يصح وهو الصحيح من المذهب وهو صحيح مذهب الشافعي لأنه استباحة بضع مقصود فلم يصح مع الردة كالنكاح ولأن الرجعة تقرير للنكاح والردة تنافي ذلك. المبدع (٩/٤١٨).

(٣) قوله: «وإن طهرت من الحيضة إلخ» إحداهما له رجعتها وهو المذهب نص عليه وعليه أكثر الأصحاب ومن مفردات المذهب، وروى ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود وسعيد بن المسيب والثوري وأبي عبيد، وروى نحوه عن أبي بكر الصديق وأبي موسى وعبادة وأبي الدرداء، وروى عن شريك له الرجعة وإن فرطت في الغسل عشرين سنة لأنه قول من سمينا من الصحابة ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم فكان إجماعًا، ولأن أكثر أحكام الحيض لا تزول بالغسل. والرواية الثانية أن العدة تنقضي بمجرد الطهر قبل الغسل وهو قول طاوس وسعيد بن جبير والأوزاعي واختاره أبو الخطاب لقوله تعالى:﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾ والقروء الحيض وقد زالت فيزول التربص وفيما روى عنه ﷺ أنه قال «قرء الأمةَ حيضتان» وقال «دعي الصلاة أيام أقرائك» أي أيام حيضتك. الشرح الكبير (٤/٥٢٥).

[تنبيه] محل الخلاف في إباحتها للأزواج وحلها لزوجها بالرجعة أما ما عدا ذلك من انقطاع نفقتها وعدم وقوع الطلاق بها وانتفاء الميراث وغير ذلك فيحصل بانقطاع الدم رواية واحدة قاله القاضي وغيره وذلك قصرًا على مورد حكم الصحابة قاله الزركشي وجعله ابن عقيل على الخلاف وما هو ببعيد. الإنصاف (٩/١٥٧).

[فائدة] إذا تزوجت الزوجية في عدتها وحملت من الزوج الثاني انقطعت عدة الأول بوطء الثاني. وهل يملك الزوج رجعتها في مدة الحمل؟ يحتمل وجهين أولاهما أن له رجعتها لأنها ما لم تقض عدته فحكم نكاحه باق وإنما انقطعت عدته لعارض فهو كما لو وطئت في صلب نكاحه. انظر/ الشرح الكبير (٤/٥٢٥).

إلا بنكاح جديد[1] وتعود إليه على ما بقي من طلاقها سواء رجعت بعد نكاح زوج غيره أو قبله وعنه إن رجعت بعد نكاح زوج غيره رجعت بطلاق ثلاث[2] وإن ارتجعها في عدتها وأشهد على رجعتها من حيث لا تعلم فاعتدت وتزوجت من أصابها ردت إليه ولا يطؤها حتى تنقضي عدتها، وعنه أنها زوجة الثاني[3] وإن لم يكن له بينة برجعتها لم تقبل ....

---

(١) قوله: «وإن انقضت عدتها إلخ» هذا بالإجماع. الإنصاف (١٥٨/٩).

(٢) قوله: «وتعود إليه على ما بقي من طلاقها إلخ» المطلقة لا تخلو من ثلاثة أحوال: أحدها أن يطلقها دون الثلاث ثم تعود إليه برجعة أو نكاح جديد قبل زوج ثان فهذه تعود إليه على ما بقي من طلاقها بغير خلاف علمناه. الثاني أن يطلقها ثلاثًا فتنكح زوجًا غيره ويصيبها ثم يتزوجها الأول فهذه تعود على طلاق ثلاث بالإجماع. الثالث طلقها دون الثلاث فقضت عدتها ثم نكحت غيره ثم تزوجها الأول ففيها روايتان أظهرهما أنها تعود إليه على ما بقي من الثلاث وهو قول الأكابر من أصحاب النبي ﷺ منهم عمر وعلي وأُبي ومعاذ وعمران بن حصين وأبو هريرة وزيد وعبد الله بن عمرو وبه قال سعيد بن المسيب وعبيدة والحسن ومالك والثوري وابن أبي ليلى والشافعي وإسحاق وأبو ثور ومحمد بن الحسن وابن المنذر وهي المذهب. وعنه ترجع إلى طلاق ثلاث وهو قول ابن عمر وابن عباس وعطاء والنخعي وشريح وأبي حنيفة وأبي يوسف، لأن وطء الزوج الثاني مثبت للحل ولأن وطء الثاني يهدم الطلقات الثلاث، ولنا أن وطء الثاني لا يحتاج إليه في الإحلال للزوج الأول فلا يغير حكم الطلاق كوطء السيد ولأنه تزويج قبل استيفاء الثلاث فأشبه ما لو رجعت إليه قبل وطء الثاني. انظر/ الشرح الكبير (٥٢٦/٤)، المبدع (٤١٩/٦)، الإنصاف (١٥٨/٩).

(٣) قوله: «وإن ارتجعها في عدتها إلخ» هذا المذهب قال الزركشي هذا المذهب بلا ريب واختاره المصنف والشارح. الإنصاف (١٥٨/٩-١٥٩). وهو مذهب أكثر الفقهاء منهم الثوري والشافعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي وروى ذلك عن علي وعنه إن دخل بها الثاني فهي امرأته ويبطل نكاح الأول روى ذلك عن عمر بن الخطاب وهو قول مالك وروى معناه عن سعيد بن المسيب وعبد الرحمن بن القاسم ونافع لأن كل واحد منهما عقد عليها وهي ممن يجوز له العقد عليها في الظاهر. ومع الثاني مزية الدخول فقدم بها. ولنا أن الرجعة قد صحت وتزوجت وهي زوجة الأول فلم يصح نكاحها كما لو لم يطلقها. إذا ثبت هذا فإن كان الثاني ما دخل بها فرق بينهما وردت إلى الأول ولا شيء على الثاني وإن كان دخل بها فلها عليه المهر لأنه وطء شبهة وتعتد ولا تحل للأول حتى تنقضي عدتها منه، وأما إن تزوجها مع علمهما بالرجعة أو علم أحدهما فالنكاح باطل بغير خلاف، والوطء محرم، وحكمه حكم الزاني في الحد وغيره. الشرح الكبير (٥٢٧/٤).

دعواه[1] لكن إن صدقه الزوج الثاني بانت منه، وإن صدقته المرأة لم يقبل تصديقها لكن متى بانت منه عادت إلى الأول بغير عقد جديد.

فصل

وإذا ادعت المرأة انقضاء عدتها قبل قولها إذا كان ممكنًا إلا أن تدعيه بالحيض في شهر فلا يقبل إلا ببينة. وأقل ما يمكن به انقضاء العدة من الأقراء تسعة وعشرون يومًا ولحظة إذا قلنا الأقراء الحيض[2] وأقل الطهر ثلاثة عشر يومًا، وإن قلنا الطهر خمسة عشر فثلاثة وثلاثون يومًا ولحظة[3] وإن قلنا القروء الأطهار فثمانية وعشرون يومًا ولحظتان[4] وإن قلنا أقل الطهر خمسة عشر يومًا

«**ولحظة**» اللحظة: المرة، من لحظه: إذا نظر إليه بمؤخر عينه، والمراد بها هنا: الزمن اليسير قدر لحظة على حذف المضاف، وتثنيتها: لحظتان، أي: قدر لحظتين.

---

(١) قوله: «وإن لم يكن له بينة إلخ» وهذا المذهب في ذلك كله وعليه الأصحاب. الإنصاف (٩/١٥٩)

على قوله: «ما يمكن به انقضاء العدة» أي عدة الحرة. المبدع (٦/٤٢٢).

(٢) قوله: «تسعة وعشرون إلخ» وذلك بأن يطلقها مع آخر الطهر ثم تحيض يومًا وليلة ثم تطهر ثلاثة عشر يومًا ثم تحيض يومًا وليلة ثم تطهر ثلاثة عشر يومًا ثم تحيض يومًا وليلة ثم تطهر لحظة ليعرف بها انقطاع الحيض وإن لم تكن هذه اللحظة من عدتها فلا بد منها لمعرفة انقطاع الحيض، ومن اعتبر الغسل فلا بد من وقت يمكن الغسل فيه بعد الانقطاع. المبدع (٦/٤٢٢-٤٢٣).

على قوله: «وأقل ما يمكن به انقضاء العدة من الأقراء تسعة وعشرون يومًا ولحظة» وللأَمة خمسة عشر ولحظة. الإنصاف (٩/١٦١).

(٣) قوله: «وإن قلنا الطهر خمسة عشر إلخ» أي لأن الطهرين يزيدان أربعة أيام. المبدع (٦/٤٢٣).

على قوله: «فثلاثة وثلاثون يومًا ولحظة» وللأمة سبعة عشر ولحظة. على الثاني المبدع (٦/٤٢٣).

(٤) قوله: «وإن قلنا القروء الأطهار» وذلك أن يطلقها في آخر لحظة من طهرها فتحسب به قرءًا، ثم تحسب طهرين آخرين ستة وعشرين يومًا وبينهما حيضتان فإذا طعنت في الحيضة الثالثة لحظة انقضت عدتها. المبدع (٦/٤٢٣).

على قوله: «فثمانية وعشرون يومًا ولحظتان» وللأَمة أربعة عشر ولحظتان. المبدع (٦/٤٢٣).

فاثنان وثلاثون يومًا ولحظتان[1] وإذا قالت انقضت عدتي فقال قد كنت راجعتك فأنكرته فالقول قولها[2] وإن سبق فقال ارتجعتك فقالت قد انقضت عدتي قبل رجعتك فالقول قوله[3] وقال الخرقى القول قولها[4] وإن تداعيا معًا قدم قولها، وقيل يقدم قول من تقع له القرعة.

فصل

ولو طلقها ثلاثًا لم تحل له حتى تنكح زوجًا غيره[5] ويطأها في ....

---

(١) قوله: «وإن قلنا أقل الطهر خمسة عشر يومًا إلخ» أي فتزيد بأربعة أيام في الطهرين. المبدع (٦/٤٢٣).

على قوله: «فاثنان وثلاثون يومًا ولحظتان» وللأمة ستة عشر ولحظتان. المبدع (٦/٤٢٣).

(٢) قوله: «وإذا قالت انقضت عدتي إلخ» قال في الإنصاف بلا نزاع أعلمه. الإنصاف (٩/ ١٦٢) لأن خبرها بانقضاء عدتها مقبول فصارت دعواه للرجعة بعد الحكم بانقضاء عدتها. المبدع (٦/٤٢٤).

(٣) قوله: «وإن سبق إلخ» وهذا المذهب لأنه ادعى الرجعة قبل الحكم بانقضاء عدتها ولأنه يملك الرجعة وقد صحت في الظاهر فلا يقبل قولها في إبطالها. المبدع (٦/٤٢٤)، الإنصاف (٩/١٦٢).

(٤) قوله: «وقال الخرقي إلخ» وجزم به الشيرازي وابن الجوزي، قال في الواضح في الدعاوى نص عليه لأن الظاهر البينونة والأصل عدم الرجعة ولأن من قبل قوله سابقًا قبل مسبوقًا كسائر الدعاوى. الإنصاف (٩/١٦٢).

[فائدة] إذا اختلفا في الإصابة فقال قد أصبتك فلي الرجعة فأنكرته أو قالت قد أصابني فلي المهر قبل قول المنكر منهما لأن الأصل معه ولا يزول إلا بيقين، وليس له رجعتها في الموضعين لأنه إن أنكر الإصابة فهو مقر على نفسه ببينونتها وأنه لا رجعة له عليها وإن أنكرتها هي فالقول قولها ولا تستحق إلا نصف المهر وإن أنكرها فالقول قوله هذا إذا كان المهر غير مقبوض فإن كان اختلافهما بعد قبض المهر وادعى إصابتها فأنكرته لم يرجع عليها بشيء لأنه يقر به لها ولا يدعيه وإن كان هو المنكر رجع عليها بنصفه وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي. والخلوة كالإصابة في إثبات الرجعة للزوج وهو قول الشافعي القديم، وقال أبو بكر لا رجعة له عليها إلا أن يصيبها وبه قال أبو حنيفة وصاحباه والشافعي في الجديد لأنها غير مصابة فلا يستحق رجعتها ووجه الأول أنها معتدة يلحقها طلاقه فملك رجعتها كالتي أصابها. انظر/ الشرح الكبير (٤/٥٣٠-٥٣١)، المبدع (٦/٤٢٥).

(٥) قوله: «وإن طلقها ثلاثًا إلخ» وذلك بالإجماع لقوله تعالى: ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ ﴾ ولما روت عائشة أن امرأة رفاعة القرظي جاءت=

القبل[1]، وأدنى ما يكفي من ذلك تغييب الحشفة في الفرج[2]، وإن لم ينزل، فإن كان مجبوبًا بقي من ذكره قدر الحشفة فأولجه[3] أو وطئها زوج مراهق[4] أو ذمي وهي ذمية أحلها[5]، وإن وطئها في الدبر أو وطئت بشبهة أو بملك يمين لم

= رسول الله ﷺ فقالت إنها كانت عند رفاعة فطلقها آخر ثلاث تطليقات فتزوجت بعده بعبد الرحمن بن الزبير، والله ما معه إلا مثل هذه الهدبة وأخذت بهدبة من جلبابها. فتبسم رسول الله ﷺ ضاحكًا وقال: لعلك تريدين أن ترجعي إلى رفاعة لا حتى يذوق عسيلتك وتذوقي عسيلته متفق عليه وفي إجماع أهل العلم على هذا غنية عن الإطالة، وجمهور العلماء على أنها لا تحل للزوج الأول حتى يطأها الثاني وطئًا يوجد فيه التقاء الختانين إلا أن سعيد بن المسيب من بينهم قال إذا تزوجها تزويجًا صحيحًا لا يريد فيه إحلالها فلا بأس أن يتزوجها الأول، قال ابن المنذر لا نعلم أحدًا قال بقول سعيد بن المسيب إلا الخوارج أخذوا بظاهر قوله سبحانه: ﴿ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ ﴾ ومع تصريح النبي ﷺ ببيان مراد الكتاب لا يعرج على شيء سواه. الشرح الكبير (٤/٥٣٢)، المبدع (٦/٤٢٥).

(١) قوله: «ويطأ في القبل» أي لأنه عليه الصلاة والسلام علق الحل على ذواق العسيلة ولا يحصل إلا بالوطء في الفرج، قال في الإنصاف مع الانتشار قاله الأصحاب، لأن الحكم يتعلق بذوق العسيلة ولا يحصل من غير انتشار. انظر/ المبدع (٦/٤٢٦)، الإنصاف (٩/١٦٣-١٦٤).

(٢) قوله: «وأدنى ما يكفي في ذلك إلخ» أي لأن أحكام الوطء تتعلق به لكن بشرط الانتشار، ولو كان خصيًا أو نائمًا أو مغمى عليه وأدخلت ذكره في فرجها أو مجنونًا أو ظنها أجنبية وهذا المذهب في ذلك كله وليس الانزال شرطًا فيه لأنه عليه الصلاة والسلام جعل ذواق العسيلة غاية للحرمة وذلك حاصل بدون الإنزال، قال في المبدع: والذي يظهر أن هذا في الثيب، فأما البكر فأدناه أن يفتضها بآلته. المبدع (٦/٤٢٦)، الشرح الكبير (٤/٥٣٢).

(٣) قوله: «وإن كان مجبوبًا إلخ» هذا بلا نزاع لأن ذلك بمنزلة الحشفة من غيره، وكذا لو بقي أكثر من قدر الحشفة فأولج قدرها على الصحيح من المذهب. المبدع (٦/٤٢٦).

(٤) قوله: «أو وطئها زوج مراهق أحلها» وهذا المذهب، وعليه جماهير الأصحاب، وهو قول عامة أهل العلم إلا مالكا وأبا عبيد فإنهما قالا لا يحلها ويروى ذلك عن الحسن لأنه وطء من غير بالغ فأشبه الصغير، ولنا ظاهر النص وأنه وطء من زوج في نكاح صحيح أشبه البالغ بخلاف الصغير فإنه لا يمكنه الوطء. المبدع (٦/٤٢٦).

(٥) قوله: «أو ذمي إلخ» أي أحلها لمطلقها المسلم نص عليه وقال هو زوج. المبدع (٦/ ٤٢٦).

تحل[1]، وإن وطئت في نكاح فاسد لم تحل في أصح الوجهين[2]، وإن وطئها زوجها في حيض أو إحرام أو نفاس أحلها[3]، وقال أصحابنا لا يحلها، وإن كانت أمة فاشتراها مطلقها لم تحل، ويحتمل أن تحل[4] وإن طلق العبد امرأته طلقتين لم تحل له حتى تنكح زوجًا غيره سواء عتقا أو بقيا على الرق[5]، وإذا

---

(١) قوله: «وإن وطئها في الدبر إلخ» أي لأن الوطء في الدبر لا يذوق به العسيلة والوطء بشبهة أو بملك يمين وطء من غير زوج فلا يدخل في عموم النص فتبقى على المنع. المبدع (٤٢٦/٦).

(٢) قوله: «وإن وطئت في نكاح فاسد إلخ» هذا المذهب نص عليه وبه قال الحسن والشعبي وحماد ومالك والثوري والأوزاعي وإسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأي والشافعي في الجديد. وقال في القديم يحلها ذلك وهو قول الحكم وخرجه المحلل والمحلل له فسماه محللاً مع فساد نكاحه، ولنا قوله تعالى: ﴿ فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ ﴾ وإطلاق النكاح يقتضي الصحيح ولذلك لو حلف لا يتزوج فتزوج تزويجًا فاسدًا لم يحنث ولو حلف ليتزوجن لم يبر بالتزويج الفاسد ولأن أكثر أحكام التزويج غير ثابتة فيه من الإحصان واللعان والظهار والإيلاء والنفقة وأشباه ذلك، وأما تسميته محللاً فلقصده التحليل فيما لا يحل ولو أحل حقيقة لما لعن ولا لعن المحلل له وإنما هذا كقوله ﷺ «ما آمن بالقرآن من استحل محارمه» وقال تعالى: ﴿ يُحِلُّونَهُۥ عَامًا وَيُحَرِّمُونَهُۥ عَامًا ﴾ ولأنه وطء في غير نكاح صحيح أشبه وطء الشبهة وعلى هذا لو وطئها بشبهة لم تبح لأنه في غير نكاح. انظر/ المغني (٤٧٢/٨).

(٣) قوله: «وإن وطئها زوجها إلخ» كذا لو وطئها في صوم واجب فالمذهب المنصوص أنه لا يحلها وهو قول مالك لأنه وطء حرام لحق الله تعالى فلا يحصل به الإحلال، وقال المصنف والشارح ظاهر النص حلها وهو قوله: ﴿ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ ﴾ وهذه قد نكحت، وأيضًا قوله (ص) «حتى تذوقي عسيلته» وقد وجد، ولأنه وطء في نكاح صحيح في محل الوطء على سبيل التمام وهذا أصح وهو قول أبي حنيفة والشافعي، ولو وطئها وهي محرمة الوطء لمرض أو ضيق وقت صلاة أو في المسجد أو لقبض مهر ونحوه أحلها على المذهب لأن الحرمة لا لمعنى فيها بل لحق الله تعالى، وقال بعض أصحابنا لا نسلم لأن أحمد علله بالتحريم فنطرده. الشرح الكبير (٤٢٦/٦).

(٤) قوله: «وإن كانت أمة إلخ» هذا المذهب نص عليه وعليه الأصحاب وهو قول أكثر أهل العلم، ويحتمل أن تحل وقال به بعض أصحاب الشافعي لأن الطلاق يختص الزوجية والأول أصح ورواه مالك والبيهقي عن زيد بن ثابت وقوله تعالى: ﴿ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ ﴾ صريح في تحريمها فلا يعول على ما خالفه. الشرح الكبير (٤/ ٥٣٣).

(٥) قوله: «وإذا طلق العبد إلخ» هذا هو المذهب لأن الطلاق معتبر بالرجال وقد ذكرنا=

غاب عن مطلقته ثلاثًا فذكرت أنها نكحت من أصابها أو انقضت عدتها وكان ذلك ممكنًا فله نكاحها إذا غلب على ظنه صدقها وإلا فلا[1].

= الخلاف فيما يختلف به عدد الطلاق وسواء عتقا أو لا لاستواء الحالين في السبب المقتضي للتحريم قبل زوج آخر، والمذهب أنه إذا عتق بعد طلقة ملك تمام الثلاث وإن كان بعد طلقتين فعلى روايتين لأنه روى أنه ﷺ قضى به وقال في رواية أبي طالب يتزوجها ولا يبالي في العدة عتقًا أو بعد العدة وقال هو قول ابن عباس وجابر لأن ابن عباس أفتى به وقال «قضى به النبي ﷺ» رواه أحمد وقال لا أرى شيئًا يدفعه وأبو داود والنسائي من رواية عمرو بن مغيث عن أبي حسن مولى بني مرمل ولا يعرفان وقال النسائي في عمرو ليس بقوي وقال ابن المبارك ومعمر لقد تحمل أبو حسن هذا صخرة عظيمة وقال أحمد حديث عثمان وزيد في تحريمها عليه جيد وعمرو بن مغيث لا أعرفه وأبو حسن فهو وعندي معروف، وقال أبو بكر: إن صح الحديث فالعمل عليه وإلا فالعمل على حديث عثمان وزيد وبه أقول. انظر/ الشرح الكبير (٤/٥٣٥-٥٣٦)، المبدع (٦/٤٢٨)، الإنصاف (٩/١٦٦-١٦٧).

(١) على قوله: «وإذا غاب عن مطلقته ثلاثاً فذكرت أنها نكحت من أصابها وانقضت عدتها وكان ذلك ممكنًا فله نكاحها إذا غلب على ظنه صدقها» بأن يمضي بعد طلاقها زمن يمكن فيه انقضاء عدتين بينهما نكاح ووطء ولم يرجع قبل العقد وأخبرته بذلك وغلب على ظنه صدقها فله أن يتزوجها وهذا المذهب، ولو وكذبها الزوج الثاني في الوطء فالقول قوله في تنصيف المهر والقول قولها في إباحتها للأول لأن قولها في الوطء مقبول، وكذا لو تزوجت حاضرًا وفارقها وادعت إصابته وهو ينكرها حلت للأول على الصحيح من المذهب ومثل ذلك في الحكم لو جاءت امرأة حاكمًا وادعت أن زوجها طلقها وانقضت عدتها كان له تزويجها إن ظن صدقها كمعاملة عبد لم يثبت عتقه قاله الشيخ تقي الدين قال ولو كان للمرأة زوج معروف فادعت أنه طلقها لم تتزوج بمجرد ذلك باتفاق المسلمين. المبدع (٦/٤٢٩)، الشرح الكبير (٤/٥٣٦).

[فائدة] لو شهدا بأن فلانًا طلق امرأته ثلاثًا ووجد معها بعد وادعي العقد ثانيًا بشروطه يقبل منه. وسئل عنها المؤلف فلم يجب. ولو وطء من طلقها ثلاثًا حد نص عليه، فإن جحد طلاقها ووطئها فشهد بطلاقه فلا، لأننا لا نعلم معرفته به وقت وطئه إلا بإقراره به. انظر المبدع (٦/٤٣٠).

كتاب الإيلاء

وهو الحلف على ترك الوطء. ويشترط له أربعة شروط: أحدها: الحلف على ترك الوطء في القبل، فإن تركه بغير يمين لم يكن موليًا[1]، لكن إن تركه مضرًا بها من غير عذر فهل تضرب له مدة الإيلاء ويحكم عليه بحكمه؟ على روايتين[2].

كتاب الإيلاء

الإيلاء بالمد: الحلف، وهو: مصدر. يقال: آلى بمده بعد الهمزة، يؤلي إيلاءً، وتألّ وأتلى، والألِيَّة، بوزن فعيلة: اليمين، وجمعها ألايا: بوزن خطايا.

قال الشاعر:

قليل الألايا حافظ ليمينه وإن سبقت فيه الأليَّة برَّت

والألوة بسكون اللام، وتثليث الهمزة: اليمين أيضًا [3].

والإيلاء شرعًا: حلف الزوج – القادر على الوطء – بالله تعالى، أو صفة من صفاته، على ترك وطء زوجته في قبلها مدة زائدة على أربعة أشهر[4].

---

(١) قوله: «فإن تركه بغير يمين إلخ» أي لأن الإيلاء الحلف. المبدع (٤٣٢/٦).

(٢) قوله: «لكن إن تركه إلخ» إحداهما يحكم له بحكمه وتضرب له مدته قال في الإنصاف وهو الصواب واختاره القاضي في خلافه وتبعه جماعة ومال إليه المصنف والشارح لأنه تارك لوطئها ضرارًا بها أشبه المولى ولأن ما لا يجب إذا لم يحلف لم يجب إذا حلف على تركه كالزيادة على الواجب. والرواية الثانية لا تضرب له مدة الإيلاء ولا يحكم له بحكمه وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي ولأنه ليس بمول فلم تضرب له مدة الإيلاء كما لو لم يقصد الإضرار. الشرح الكبير (٥٣٧/٤).

[تنبيه] ظاهر كلامه أنه لو تركه من غير مضارة أنه لا يحكم له بحكم الإيلاء من غير خلاف وهو صحيح وهو المذهب وقال ابن عقيل في عمد الأدلة والمفردات عندي أن قصد الإضرار خرج مخرج الغالب وإلا فمتى حصل إضرار بامتناعه عن الوطء وإن كان ذاهلاً عن قصد الإضرار تضرب له المدة وذكر في آخر كلامه أنه إن حصل الضرر بترك الوطء لعجزه عنه كان حكمه حكم العنين، قال ابن رجب في كتاب تزويج أمهات الأولاد: يؤخذ من كلامه أن حصول الضرر بترك الوطء مقتض للفسخ بكل حال سواء كان بقصد من الزوج أو بغير قصد وسواء كان مع عجزه أو قدرته، وكذا ذكره الشيخ تقي الدين في العاجز وألحقه بمن طرأ عليه جُبّ أو عُنَّة. انظر الإنصاف (١٧٠/٩).

(٣) انظر القاموس المحيط للفيروزآبادي (٣٠٠/٤)، لسان العرب (١١٧/١)، (ألا).

(٤) انظر/ الكافي (١٧٣/٣)، شرح منتهى الإرادات (١٧٣/٣).

وإن حلف على ترك الوطء في الدبر أو دون الفرج لم يكن موليًا، وإن حلف أن لا يجامعها إلا جماع سوء يريد جماعًا ضعيفًا لا يزيد على التقاء الختانين لم يكن موليًا، وإن أراد به الوطء في الدبر أو دون الفرج صار موليًا، وإذا حلف على ترك الوطء في الفرج بلفظ لا يحتمل غيره كلفظه الصريح وقوله لا أدخلت ذكري في فرجك وفي البكر خاصة لا افتضضتك لم يدين فيه. وإن قال والله لا وطئتك أو ولا جامعتك أو لا باضعتك أو لا باشرتك أو لا باعلتك أو لا قربتك أو لا مسكتك أو لا أتيتك أو لا اغتسلت منك فهو صريح في الحكم ويدين فيما بينه وبين الله تعالى، وسائر الألفاظ لا يكون موليًا فيها إلا بالنية.

فصل

الشرط الثاني: أن يحلف بالله أو بصفة من صفاته. وإن حلف بنذر أو عتق أو طلاق لم يصر موليًا في الظاهر عنه، وعنه يكون موليًا[1] وإن قال إن وطئتك

---

(١) قوله: «وإن حلف بنذر أو عتق إلخ» وهو المذهب نص عليه وعليه جماهير الأصحاب قال الزركشي: هذا المشهور والمنصوص والمختار لعامة الأصحاب. قال المصنف الشارح: وهذه المشهورة وهو من مفردات المذهب. وعنه يكون موليًا وروى عن ابن عباس أنه قال كل يمين منعت جماعها فهي إيلاء وبذلك قال الشعبي والنخعي ومالك وأهل الحجاز والثوري وأبو حنيفة وأهل العراق والشافعي وأبو ثور وأبو عبيد وغيرهم لأنها يمين منعت جماعها فكانت إيلاء كالحلف بالله ولأن تعليق الطلاق والعتاق على وطئها حلف، ووجه الأولى أن الإيلاء المطلق إنما هو القسم ولهذا قرأ أُبي وابن عباس «يقسمون» بدل «يولون» وروى عن ابن عباس في تفسير يولون قال يحلفون بالله ذكره الإمام أحمد، والتعليق بشرط ليس بقسم ولهذا لا يؤتى فيه بحرف القسم ولا يجاب بجوابه ولا ذكره أهل العربية في باب القسم فلا يكون إيلاء وإنما يسمى حلفًا تجوزًا لمشاركته القسم في المعنى المشهور فيه وهو الحث على الفعل أو المنع منه أو توكيد الخبر والكلام عند إطلاقه كحقيقة ويدل على هذا قوله: ﴿ فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾ وإنما يدخل الغفران في اليمين بالله تعالى، وأيضًا قوله ﷺ «إن الله نهاكم أن تحلفوا بآبائكم» متفق عليه. انظر/ الشرح الكبير (٥٣٩/٤) فعلى القول بصحة الإيلاء بالطلاق لو علق طلاقها ثلاثًا بوطئها يؤمر بالطلاق ويحرم الوطء على الصحيح من المذهب، وعنه لا يحرم ومتى أولج أو تمم أو لبث لحقه نسبه، وفي المهر وجهان وأطلقهما في الفروع، قال في المنتخب لا مهر ولا نسب، وجزم في الرعاية الصغرى والحاوي أنه لا يجب المهر ولا يجب عليه الحد على الصحيح من=

فأنت زانية أو فلله علي صوم هذا الشهر لم يكن موليًا[1].

فصل

الثالث أن يحلف على أكثر من أربعة أشهر أو يعلقه على شرط يغلب على الظن أنه لا يوجد في أقل منها مثل أن يقول: والله لا وطئتك حتى ينزل عيسى عليه السلام أو يخرج الدجال أو ما عشت أو حتى تحبلي لأنها لا تحبل إذا لم يطأها وقال القاضي إذا قال حتى تحبلي وهي ممن يحبل مثلها لم يكن موليًا، وإن قال والله لا وطئتك مدة أو ليطولن تركي لجماعك لم يكن موليًا حتى ينوي أربعة أشهر، وإن حلف على ترك الوطء حتى يقدم زيد ونحوه مما لا يغلب على الظن

«**لا اقتضضتك**» اقتضضتك بالقاف والتاء المثناة فوق، قال أهل اللغة: افتضاض البكر، وافتراعها بالفاء، بمعنى، وهو: وطؤها، وإزالة بكارتها بالذكر، مأخوذ من: قضضت اللؤلؤة: إذا ثقبتها.

«**أو لا باضعتك، أو لا باعلتك، أو لأقربنك، أو لامستك**» باضعتك: بمعنى جامعتك، وهو فاعل من البضع: النكاح، والفرج. وباعلتك، من البعال: النكاح، وقربتك، بكسر الراء، أي: لا غشيتك، قاله ابن القطاع في «**أفعاله**». ومسستك، بكسر السين الأولى، وفتحها لغة، أي: لا وطئتك، عن ابن القطاع أيضًا.

= المذهب وقيل يجب جزم به في الترغيب وفيه ويعزر جاهل انتهى. وإن نزع فلا حد ولا مهر، وإن نزع ثم أولج فإن جهلا التحريم فالمهر والنسب ولا حد والعكس بعكسه، وإن علم لزمه المهر والحد ولا نسب، وإن علمته فالحد والنسب ولا مهر، وكذا إن تزوجت في عدتها. انظر/ الإنصاف للمرداوي (٩/١٧٣-١٧٤).

(١) قوله: «وإن قال إن وطئتك إلخ» لا يختلف المذهب فيه أما أولاً فلأنه لا يصح تعليق القذف بشرط فلا يلزمه بالوطء حق فلا يكون موليًا. وأما ثانيًا فلأنه إذا قال إذا وطئتك فلله عليَّ صوم أمس أو صوم هذا الشهر لم يصح لأنه يصير عند وجوب الفيئة ماضيًا ولا يصح نذر الماضي فلو قال إن وطئتك فلله عليَّ صوم الشهر الذي أطأك فيه فكذلك فإذا وطئ صام بقيته وفي قضاء يوم وطئ وجهان، ومثله والله لا وطئتك في هذا البلد أو مخطوبة نص عليه أو وحتى تصومي نفلاً أو بإذن زيد فيموت. المبدع (٦/٤٣٦).

عدمه في أربعة أشهر، أو لا وطئتك في هذه البلدة لم يكن موليًا(١) وإن قال إن وطئتك فوالله لا وطئتك أو إن دخلت الدار فوالله لا وطئتك لم يصر موليًا حتى يوجد الشرط، ويحتمل أن يصير موليًا في الحال. وإن قال والله لا وطئتك في السنة إلا مرة لم يصر موليًا حتى يطأها وقد بقي منها أكثر من أربعة أشهر(٢)، وإن قال إلا يومًا فكذلك في الوجهين(٣)، وفي الآخر يصير موليًا في الحال(٤)، وإن قال والله لا وطئتك أربعة أشهر فإذا مضت فوالله لا وطئتك أربعة أشهر لم يصر موليًا، ويحتمل أن يصير موليًا(٥) وإن قال والله لا وطئتك إن شئت فشاءت صار موليًا وإلا فلا(٦). وإن قال إلا أن تشائي أو إلا باختيارك أو إلا أن تختاري

---

(١) قوله: «حتى يقدم زيد ونحوه إلخ» أي لأنه لا يعلم حلفه على أكثر من أربعة أشهر ولأنه يمكنه وطأها في غير البلدة المحلوف عليها، وقال ابن أبي ليلى وإسحاق: هو مول لأنه حالف على ترك وطئهنا. المبدع (٦/٤٣٨)، الشرح الكبير (٤/٥٣٢).

[فائدة] إذا علقه على فعل مباح لا سفه فيه كقوله والله لا أطأك حتى تدخلي الدار ونحوه لم يكن موليًا بخلاف ما لو علقه على محرم كقوله والله لا أطأك حتى تشربي الخمر أو أقتل زيدًا لأنه علقه على فعل ممتنع شرعًا. انظر/ المبدع (٦/٤٣٨-٤٣٩).

(٢) قوله: «وإن قال والله لا وطئتك في السنة إلا مرة إلخ» هذا بلا نزاع وهذا قول أبي ثور وأصحاب الرأي وظاهر مذهب الشافعي. وقال في القديم يكون موليًا في الحال لأنه لا يمكنه الوطء إلا بأن يصير موليًا فيلحقه بالوطء ضرر، ولنا أن يمينه معلقة بالإصابة فقبلها لا يكون حالفًا لأنه لا يلزمه بالوطء شيء. الشرح الكبير (٤/٥٤٣).

(٣) قوله: «وإن قال والله لا وطئتك في السنة إلا يومًا إلخ» يعني أنه لا يصير موليًا حتى يطأها وقد بقي من السنة أكثر من أربعة أشهر وهذا المذهب وهو مذهب أبي حنيفة لأن اليوم منكر فلم يختص يومًا دون يوم. الشرح الكبير (٤/٥٤٣-٥٤٤).

(٤) قوله: «وفي الآخر إلخ» وهذا قول القاضي وأصحابه لأن اليوم المستثنى يكون في آخر المدة كالتأجيل ومدة الخيار، بخلاف المسألة الأولى فإن المرة لا تختص وقتًا بعينه. المبدع (٦/٤٤٠).

(٥) قوله: «وإن قال والله لا وطئتك أربعة أشهر إلخ» الأول المذهب لأن كل واحد من الزمانين لا تزيد مدته على أربعة أشهر والاحتمال نصره الشارح لأنه ممتنع بيمينه من وطئها مدة متوالية أكثر من أربعة أشهر وأطلق الخلاف في الفروع وكذا الحكم في كل مدتين متواليتين يزيد مجموعهما على أربعة أشهر كثلاثة أشهر وشهرين. المبدع (٦/٤٤٠).

(٦) قوله: «وإن قال والله لا وطئتك إن شئت إلخ» وسواء شاءت في المجلس أو غيره وهو المذهب وبه قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي، لأنه لا يصير ممتنعًا من الوطء=

لم يصر موليًا[1]، وقال أبو الخطاب إن تشأ في المجلس صار موليًا. وإن قال لنسائه لا وطئت واحدة منكن صار موليًا منهن[2]، إلا أن يريد واحدة بعينها فيكون موليًا منها وحدها[3]، وإن أراد واحدة مبهمة فقال أبو بكر تخرج بالقرعة[4] وإن قال والله لا وطئت كل واحدة منكن كان موليًا من جميعهن وتنحل يمينه بوطء واحدة، وقال القاضي لا تنحل في البواقي. وإن قال لا أطأكن فهي كالتي قبلها في أحد الوجهين، وفي الآخر لا يصير موليًا حتى يطأ ثلاثًا فيصير موليًا من الرابعة، فعلى هذا لو طلق واحدة منهن أو ماتت انحلت يمينه ههنا، وفي التي قبلها لا تنحل في البواقي. وإن آلى من واحدة وقال للأخرى اشتركت معها لم يصر موليًا من الثانية[5]، وقال القاضي يصير موليًا منها[6].

= حتى تشاء إلا أن أصحاب الشافعي قالوا إن شاءت جوابًا لكلامه صار موليًا وإن أخرت المشيئة انحلت يمينه لأن ذلك تخيير لها فكان على الفور. الشرح الكبير (٤/ ٥٤٥).

(١) قوله: ((وإن قال إلا أن تشائي إلخ)) وهو المذهب لأنه منع نفسه من وطئها بيمينه إلا عند إرادتها أشبه ما لو قال إلا برضاك أو حتى تشائي. المبدع (٦/٤٤١).

[فائدة] إذا حلف لا يطأها حتى تفطم ولدها أو ترضعه كان موليًا إذا كان بينه وبين مدة الفطام والرضاعة أكثر من أربعة أشهر، فإن مات الولد قبل مضي أربعة أشهر سقط الإيلاء. المبدع (٦/٤٤١).

(٢) قوله: ((وإن قال لنسائه إلخ)) يعني يصير موليًا منهن إذا طلق فيحنث بوطء واحدة وتنحل يمينه وهذا المذهب لأن النكرة في سياق النفي تعم ولا يمكنه وطء واحدة إلا بالحنث فإن طلق واحدة منهن أو ماتت كان موليًا من البواقي فإن وطئ واحدة منهن حنث وانحلت يمينه وسقط حكم الإيلاء في الباقيات لأنها يمين واحدة فإذا حنث فيها مرة لم يحنث مرة ثانية. المبدع (٦/٤٤٢).

(٣) قوله: ((إلا أن يريد إلخ)) هذا بلا نزاع لأن اللفظ يحتمله وهو أعلم بنيته. المبدع (٦/ ٤٤٢).

(٤) قوله: ((وإن أراد واحدة مبهمة إلخ)) المذهب ما قاله أبو بكر كما إذا طلق واحدة من نسائه لا بعينها وقيل يرجع إلى تعيينه وهو مذهب الشافعي. الشرح الكبير ٤/٥٤٦).

(٥) قوله: ((وإن آلى من واحدة إلخ)) الأول المذهب لأن اليمين بالله لا تصح بلفظ صريح من اسم أو صفة والتشريك بينهما كناية فلم تصح به اليمين. المبدع (٦/٤٤٢).

(٦) قوله: ((وقال القاضي إلخ)) أي كالطلاق لكن الفرق بينهما أن الطلاق ينعقد بالكناية ولا كذلك اليمين فلو آلى رجل من زوجته فقال آخر لامرأته أنت مثل فلانة لم =

فصل

الشرط الرابع أن يكون من زوج يمكنه الجماع[1] وتلزمه الكفارة بالحنث[2] مسلمًا كان أو كافرًا حرًا أو عبدًا سليمًا أو خصيًا أو مريضًا يرجى برؤه[3] فأما العاجز عن الوطء بجب أو شلل فلا يصح إيلاؤه، ويحتمل أن يصح وفيئته أن يقول: لو قدرت لجامعتك. ولا يصح إيلاء الصبي والمجنون. وفي إيلاء السكران وجهان، ومدة الإيلاء في الأحرار والرقيق سواء، وعنه أنها في العبد على النصف، ولا حق لسيد الأمة في طلب الفيئة والعفو عنها وإنما ذلك إليها.

«**بالحنث**» الحنث في اليمين: نقضها والنكث فيها، يقال: حنث يحنث، وكأنه من الحنث: الإثم والمعصية.

«**أو شلل**» الشلل، بفتح الشين، واللام: مصدر شللت بكسر اللام، وهو، فساد اليد. والمراد هنا: فساد الفرج. تقول: شل بفتح الشين، ولا يقال: شُلَّ بضمها، بل يقال: أُشِلَّ بضم الهمزة.

«**وفيئته**» الفيئة: الرجوع عن الشيء الذي يكون قد لابسه الإنسان، وباشره، والمراد بها هنا: الرجوع إلى جماعها، أو ما يقوم مقامه.

= يكن موليًا، وعلم مما سبق أنه لا يصح إلا في زوجة فلو حلف على ترك وطء أمة لم يكن موليًا وكذا لو حلف على ترك وطء أجنبية ثم نكحها نص عليه ونصره في الشرح لأن الإيلاء حكم من أحكام النكاح فلم يتقدمه كالطلاق وقال الشريف أبو جعفر: قال أحمد يصح الظهار قبل النكاح فكذا الإيلاء. انظر المبدع (٦/٤٤٤).

(١) قوله: «الرابع أن يكون من زوج إلخ» هذا المذهب وعليه الأصحاب للآية بشرط أن يكون مكلفًا ولأن غير الزوج موطوءته أَمته والأَمة لاحق لها في الوطء كالأجنبية والذمي كالمسلم إذا ترافعوا إلينا في قول أكثرهم ولأنه إذا لم يمكنه الجماع كالمجبوب فيمينه يمين على مستحيل فلم تنعقد. المبدع (٦/٤٤٥).

(٢) قوله: «وتلزمه إلخ» أي لأنه إذا كان صبيًا أو مجنونًا فلا يعتبر قوله ولا يمينه ضرورة عدم الأهلية. المبدع ٦/٤٤٥).

(٣) قوله: «مسلمًا إلخ» هذا بلا نزاع وكذا لو كان مجبوبًا بقي من ذكره ما يمكن الجماع به وكذا إن كان لعارض مرجو الزوال كحبس ونحوه لأنه قادر على الوطء فصح منه الامتناع. انظر/ المبدع (٦/٤٤٥).

فصل

وإذا صح الإيلاء ضربت له مدة أربعة أشهر، فإن كان بالرجل عذر يمنع الوطء احتسب عليه بمدته وإن كان بها لم يحتسب عليه، وإن طرأ بها استؤنفت المدة عند زواله إلا الحيض فإنه يحتسب عليه بمدته وفي النفاس وجهان، وإن طلق في أثناء المدة انقطعت، فإن راجعها أو نكحها إذا كانت بائنًا استؤنفت المدة، وإن انقضت المدة وبها عذر يمنع الوطء لم تملك طلب الفيئة، وإن كان العذر به وهو مما يعجز به عن الوطء أمر أن يفيء بلسانه فيقول متى قدرت جامعتك، ثم متى قدر على الوطء لزمه ذلك أو يطلق، وقال أبو بكر لا يلزمه، وإن كان مظاهرًا فقال أمهلوني حتى أطلب رقبة أعتقها عن ظهاري أمهل ثلاثة أيام، وإن قال أمهلوني حتى أقضي صلاتي أو أتغدى أو حتى ينهضم الطعام أو أنام فإني ناعس أمهل بقدر ذلك فإذا لم يبق له عذر وطلب الفيئة وهي الجماع فجامع انحلت يمينه وعليه كفارتها. وأدنى ما يكفيه تغييب الحشفة في الفرج، وإن وطئها دون الفرج أو في الدبر لم يخرج من الفيئة، وإن وطئها في الفرج وطأ محرمًا مثل أن يطأ حال الحيض أو النفاس أو الإحرام أو صيام فرض من أحدهما فقد فاء إليها لأن يمينه انحلت به، وقال أبو بكر الأصح أنه لا يخرج من الفيئة، وإن لم يفئ وأعفته المرأة سقط حقها، ويحتمل أن لا يسقط ولها المطالبة بعد، وإن لم تعفه أمر بالطلاق فإن طلق واحدة فله رجعتها، وعنه أنها تكون بائنة، وإن لم يطلق حبس وضيق عليه حتى يطلق في إحدى الروايتين، والأخرى يطلق الحاكم عليه، فإن طلق واحدة فهو كطلاق المولى وإن طلق ثلاثًا أو فسخ صح ذلك، وإن ادعى أن المدة ما انقضت أو أنه وطئها وكانت ثيبًا فالقول قوله، وإن كانت بكرًا وادعت أنها عذراء فشهدت بذلك امرأة عدل فالقول قولها وإلا فالقول قوله، وهل يحلف من القول قوله؟ على وجهين.

«**وإن طرأ بها**» طرأ بالهمز: إذا جاء مفاجأة، يطرأ طرءًا وطروءًا، وقد يترك همزه. فيقال: طرا يطرو طروًا.

«**فإني ناعس**» النعاس: الوسن، وهو مبدأ النوم. تقول: نعست أنعس نعاسًا، فأنا ناعس ونعسان. عن ابن سيده. وامرأة نعسى، كوسنان ووسنى.

كتاب الظهار

وهو محرم[1]، وهو أن يشبه امرأته أو عضوًا منها بظهر من تحرم عليه على التأبيد أو بها أو بعضو منها فيقول أنت عليَّ كظهر أمي أو كيد أختي أو كوجه حماتي أو ظهرك أو يدك عليَّ كظهر أمي أو كيد أختي أو خالتي من نسب أو رضاع[2] وإن قال: أنت عليَّ كأمي كان ....

«**امرأة عدل**» عدل: مصدر، والمصدر إذا وصف به لا يؤنث، ولا يثنى، ولا يجمع، والأصل: امرأة ذات عدل.

كتاب الظهار

الظهار، والتظهر، والتظاهر: عبارة عن قول الرجل لامرأته: أنت عليّ كظهر أمي، مشتق من الظهر، وخصوا الظهر دون غيره، لأنه موضع الركوب، والمرأة مركوبة إذا غشيت، فكأنه إذا قال: أنت عليَّ كظهر أمي، أراد: ركوبك للنكاح حرام عليّ، كركوب أمي للنكاح، فأقام الظهر مقام الركوب، لأنه مركوب، وأقام الركوب مقام النكاح، لأن الناكح راكب. وهذا من استعارات العرب في كلامها[3].

---

(١) قوله: «وهو محرم» وذلك بالإجماع لقوله تعالى: ﴿وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَرًا مِّنَ ٱلْقَوْلِ وَزُورًا﴾ والزور من أكبر الكبائر. المبدع (٦/٤٤٥).

(٢) قوله: «وهو أن يشبه امرأته» الخ أما إذا شبهها بظهر أمه فهو مظاهر إجماعًا، وإن شبهها بظهر من تحرم عليه من ذوي الأرحام كجدته وخالته وعمته وأخته فهذا ظهار في قول عامة أهل العلم، إلا في القول القديم للشافعي، فإنه قال لا يكون الظهار إلا بأم أو جدة، والصحيح من المذهب أن تشبيه عضو من امرأته كتشبيهها كلها وعليه الأصحاب، فلو قال فرجك أو ظهرك أو رأسك أو جلدك كظهر أمي أو بدنها أو رأسها أو يدها كان مظاهرًا وبهذا قال مالك وهو نص الشافعي، وعنه ليس بمظاهر حتى يشبه جملة امرأته لأنه لو حلف بالله لا يمس عضوًا منها لا يسري إلى غيره، فكذلك المظاهرة ولأن هذا ليس بمنصوص عليه ولا هو في معنى المنصوص، وقال أبو حنيفة إن شبهها بما يحرم النظر إليه من الأم كالفرج والفخذ ونحوهما فهو مظاهر وإن لم يحرم النظر إليه كالرأس والوجه لم يكن مظاهرًا، فأما إن قال كشعر أمي أو سنها أو ظفرها أو شبه شيئًا من ذلك من امرأته بأمه أو بعضو من أعضائها لم يكن مظاهرًا لأنها ليست من أعضاء الأم الثابتة. الشرح الكبير (٤/٥٦١-٥٦٢).

(٣) انظر القاموس المحيط (٢/٨٨).

مظاهرًا[(١)]، وإن قال : أردت كأمي في الكرامة أو نحوه دين وهل يقبل في الحكم؟ يخرج على روايتين[(٢)] وإن قال : أنت كأمي أو مثل أمي فذكر أبو الخطاب فيها روايتين، والأولى : أن هذا ليس بظهار إلا أن ينويه أو يقرن به ما يدل على إرادته[(٣)] وإن قال : أنت عليّ كظهر أبي أو كظهر أجنبية أو أخت زوجتي أو عمتها أو خالتها فعلى روايتين[(٤)].

وإن قال: أنت عليّ كظهر البهيمة لم يكن مظاهرًا[(٥)] وإن قال أنت عليّ حرام فهو مظاهر إلا أن ينوي طلاقًا أو يمينًا ، فهل يكون ظهارًا أو ما نواه ؟ على

«**كوجه حماتي**» قال الجوهري: حماة المرأة: أم زوجها، فالأحماء في اللغة: أقارب الزوج، والأختان: أقارب الزوجة، والصهر: لكل واحد منهما، ونقل ابن فارس في «**المجمل**» أن الأحماء كالأصهار، فعلى هذا يقال: هذه حماة زيد، وحماة هند.

---

(١) قوله: «وإن قال أنت عليّ كأمي إلخ» وكذا قوله أنت عندي أو مني أو معي كأمي أو مثل أمي كان مظاهرًا إن نوى به الظهار لأنه شبه امرأته بأمه، وإن أطلق فالصحيح من المذهب أنه صريح في الظهار أيضًا نص عليه، وعنه ليس بظهار اختاره ابن أبي موسى في الإرشاد. وقال المصنف والذي صح عندي في قياس المذهب إن وجدت نية أو قرينة تدل على الظهار فهو ظهار وإلا فلا. المبدع (٧/٥).

(٢) قوله: «وهل يقبل في الحكم إلخ» وهما روايتان إحداهما يقبل في الحكم وهو الصحيح من المذهب. المبدع (٧/٥).

(٣) قوله: «وإن قال أنت كأمي إلخ» ما قاله المصنف هو المذهب لأن اللفظ ظاهر في الكرامة فتعين حمله عليه عند الإطلاق إلا أن ينوبه. انظر/ المبدع (٧/٥).

(٤) قوله: «وإن قال أنت عليّ كظهر أبي إلخ» إذا قال كظهر أبي فهو ظهار على المذهب لأنه شبهها بظهر من يحرم عليه على التأبيد وكذا إن شبهها بظهر غيره من الرجال أو قال أنت عليّ كظهر البهيمة أو كالميتة والدم، والثانية ليس بظهار وهو قول أكثر العلماء لأنه تشبيه بما ليس بمحل للاستمتاع أشبه ما لو قال أنت علي كمال زيد، فعلى هذا عليه كفارة يمين لأنه نوع تحريم أشبه ما لو حرم ماله، وعنه لا شيء عليه. المبدع (٧/٦).

(٥) قوله: «وإن قال أنت عليّ كظهر البهيمة إلخ» وهذا الصحيح من المذهب لأنه ليس بمحل للاستمتاع، وفيه وجه كما لو شبهها بظهر أبيه. المبدع (٧/٦).

روايتين[1].

فصل

ويصح من كل زوج يصح طلاقه[2] مسلمًا كان أو ذميًا[3] والأقوى عندي أنه لا يصح من الصبي ظهار ولا إيلاء لأنه يمين مكفرة فلم ينعقد في حقه[4] ويصح

---

(١) قوله: «وإن قال أنت عليّ حرام إلخ» إذا قال ذلك وأطلق فالصحيح من المذهب أنه ظهار كما جزم به المصنف هنا وحكاه إبراهيم الحربي عن عثمان وابن عباس وأبي قلابة وسعيد بن جبير وميمون بن مهران والبتي، وعنه يمين. وروى عن ابن عباس أنه قال إن التحريم يمين في كتاب الله عز وجل قال الله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَ ﴾ ثم قال: ﴿ قَدْ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَٰنِكُمْ ﴾ وأما إذا نوى بذلك يمينًا أو طلاقًا فعنه يكون ظهارًا أيضًا وهو الصحيح من المذهب نقله الجماعة وأكثر الفقهاء على أن التحريم إذا لم ينو به الظهار فليس بظهار وهو قول مالك وأبي حنيفة والشافعي للآية المذكورة ولأن التحريم يتنوع منه ما هو بظهار وبطلاق وبحيض وإحرام وصيام فلا يكون التحريم صريحًا في واحد منها ولا ينصرف إليه بغير نية، ووجه الأولى أنه تحريم أوقعه في امرأته فكان بإطلاقه ظهارًا كتشبيهها بظهر أمه. الشرح الكبير (٤/٥٦٥). وعنه يقع ما نواه جزم به في المنور واختاره ابن عبدوس وقدمه في المحرر والنظم والحاوي الصغير وتقدم في باب صريح الطلاق وكنايته مستوفى. انظر/الإنصاف (٩/٢٠٠).

[فائدة] لو قال أنت حرام إن شاء الله فلا ظهار على الصحيح من المذهب نص عليه. انظر/ الإنصاف ٩/٢٠٠).

(٢) قوله: «ويصح من كل زوج إلخ» هذا الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب فيصح ظهار الصبي حيث صححنا طلاقه وهو من مفردات المذهب لأنه قول يختص النكاح أشبه الطلاق. المبدع (٧/٧).

(٣) قوله: «مسلمًا كان أو ذميًا» الصحيح من المذهب صحة ظهار الذمي كالمسلم لأنه يجب عليه الكفارة إذا حنث فوجب صحة ظهاره وبه قال الشافعي وقال مالك وأبو حنيفة لا يصح منه لأن الكفارة لا تصح منه وهي الرافعة للتحريم فعلى المذهب يكفر بالمال لا غير. الشرح الكبير (٤/٥٦٧).

(٤) قوله: «والأقوى عندي إلخ» أي لم ينعقد في حقه كاليمين بالله تعالى، ولأن الكفارة وجبت لما فيه من قول الزور والمنكر وذلك مرفوع عن الصبي لأن القلم مرفوع عنه. المبدع (٧/٨).

(تنبيه) شمل قوله: «من كل زوج إلخ» العبد وهو صحيح وهو المذهب، ويأتي حكم تكفيره في آخر كتاب الإيمان. الإنصاف (٩/٢٠١).

على قوله: «ويصح من كل زوجة» كبيرة أو صغيرة مسلمة أو ذمية ممكن وطئها أو وغير=

من كل زوجة فإن ظاهر من أمته أو أم ولده لم يصح وعليه كفارة يمين[1]، ويحتمل أن يلزمه كفارة ظهار. وإن قالت المرأة لزوجها أنت عليّ كظهر أبي لم تكن مظاهرة[2] وعليها كفارة ظهار[3] وعليها التمكين قبل التكفير[4] وعنه كفارة يمين وهو قياس المذهب، وعنه لا شيء عليها، وإن قال لأجنبية أنت عليّ

= ممكن، وبه قال مالك والشافعي. الشرح الكبير (٤/٥٦٧-٥٦٨).

(١) قوله: «فإن ظاهر من أمته إلخ» هذا المذهب نقله الجماعة وروى عن ابن عمر وابن عمرو وسعيد بن المسيب ومجاهد والشعبي وربيعة والشافعي وأبي حنيفة وأصحابه وروى عن الحسن وعكرمة وسليمان بن يسار والزهري وقتادة والحكم والثوري ومالك في الظهار من الأمة كفارة تامة وهو رواية عن أحمد لأنها مباحة له فصح الظهار منها كالزوجة ولنا قوله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم) فخصصهن به. انظر/ الشرح الكبير (٤/٥٦٨).

(٢) قوله: «وإن قالت المرأة إلخ» وكذا لو قالت إن تزوجت فلانًا فهو عليّ كظهر أبي وهذا المذهب بلا ريب وهو قول أكثر أهل العلم منهم مالك والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي، وقال الزهري والأوزاعي هو ظهار وروى عن الحسن وهي رواية ولعلهم يحتجون بأنها أحد الزوجين فصح منها كالرجل، ولنا قوله (والذين يظاهرون من نسائهم) فخصهم بذلك. الشرح الكبير (٤/٥٦٨).

(٣) قوله: «وعليها كفارة ظهار» هذا المذهب وهو من مفرداته لأن عائشة بنت طلحة قالت: إن تزوجت مصعب بن الزبير فهو عليّ كظهر أبي، فاستفتت أصحاب النبي ﷺ فأمروها أن تعتق رقبة وتتزوجه، رواه سعيد والأثرم والدارقطني ولأنها زوج أتى بالمنكر من القول والزور كالآخر، وعنه عليها كفارة يمين قال المصنف والشارح هذا أقيس على مذهب أحمد وأشبه بأصوله لأنه ليس بظهار ومجرد المنكر من القول والزور لا يوجب كفارة الظهار بدليل سائر الكذب، وما روى عن عائشة فيجوز أن يكون إعتاقها تكفيرًا ليمينها فإن عتق الرقبة أحد خصال كفارة اليمين، ويتعين حمله على هذا لكون الموجود منها ليس بظهار، وكلام أحمد في رواية الأثرم لا يقتضي وجوب كفارة الظهار إنما قال الأحوط أن تكفر وكذا قال ابن المنذر، وعنه لا شيء عليها وهو وقول مالك والشافعي وإسحاق وأبي ثور لأنه قول منكر وزور وليس بظهار فلم يوجب كفارة كالسب والقذف. الشرح الكبير (٤/٥٦٩).

(٤) قوله: «وعليها التمكين إلخ» وهذا المذهب نص عليه لأن ذلك عليها فلا يسقط بيمينها كاليمين بالله تعالى. المبدع (٧/١٠).

[فائدة] يجب عليها كفارة الظهار قبل التمكين على الصحيح من المذهب، وقيل بعده. الإنصاف (٩/٢٠٤).

كظهر أمي لم يطأها إن تزوجها حتى يكفر[1]، وإن قال أنت عليّ حرام يريد في كل حال فكذلك وإن أراد في تلك الحال فلا شيء عليه لأنه صادق، ويصح الظهار معجلاً ومعلقًا بشرط ومطلقًا وموقتًا نحو أنت عليّ كظهر أمي شهر رمضان أو إن دخلت الدار فمتى انقضى الوقت زال الظهار، وإن أصابها فيه وجبت الكفارة عليه.

فصل في حكم الظهار

يحرم وطء المظاهر منها قبل التكفير[2]، وهل يحرم الاستمتاع منها بما دون

---

(١) قوله: «وإن قال لأجنبية إلخ» يصح الظهار من الأجنبية ولا يطأها إذا تزوجها حتى يكفر على الصحيح من المذهب نص عليه قال الزركشي هذا منصوص أحمد وسواه قال ذلك لامرأة بعينها أو قال كل النساء عليّ كظهر أمي وسواء أوقعه مطلقًا أو علقه على التزويج روى نحو ذلك عن عمر بن الخطاب وبه قال سعيد بن المسيب وعروة وعطاء والحسن ومالك وإسحاق ويحتمل أن لا يثبت حكم الظهار قبل التزويج وهو قول الثوري وأبي حنيفة والشافعي وروى ذلك عن ابن عباس لقوله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ﴾ والأجنبية ليست من نسائه ولأن الظهار يمين ورد الشرع بحكمها مقيدًا بنسائه فلم يثبت حكمها في الأجنبية ولنا ما روى الإمام أحمد بإسناده عن عمر بن الخطاب أنه قال في رجل قال إن تزوجت فلانة فهي عليّ كظهر أمي فتزوجها قال عليه كفارة الظهار. الشرح الكبير (٤/٥٦٩-٥٧٠).

[فائدتان] لو قال أنت عليّ كظهر أمي إن شاء الله فالصحيح من المذهب أنه ليس بظهار نص عليه وعليه أكثر الأصحاب، وقيل هو ظهار اختاره ابن عقيل.الإنصاف(٩/٢٠٦).

(الثانية) لو ظاهر من إحدى زوجتيه ثم قال للأخرى أشركتك معها أو أنت مثلها فهو صريح في حق الثانية أيضًا على الصحيح من المذهب نص عليه. الإنصاف (٩/٢٠٦).

على قوله: «لأنه صادق» وكذا إن أطلق وهذا المذهب. انظر/ المبدع (٧/١١).

(٢) قوله: «ويحرم وطء المظاهر منها إلخ» إن كان التكفير بالعتق والصيام حرم الوطء إجماعًا للآية، وإن كان بالإطعام حرم أيضًا على الصحيح من المذهب وهو قول أكثر أهل العلم منهم عطاء والزهري والشافعي وأصحاب الرأي، وعن أحمد لا يحرم الوطء إذا كان التكفير بالإطعام اختاره أبو بكر وأبو إسحاق لأن الله تعالى لم يمنع المسيس قبله كما في العتق والصيام وهو قول أبي ثور، ولنا ما روى عكرمة عن ابن عباس «أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال إني ظاهرت من امرأتي فوقعت عليها قبل أن أكفر، فقال ما حملك على ذلك يرحمك الله؟ فقال رأيت خلخالها في ضوء القمر، فقال لا تقربها حتى تفعل ما أمرك الله به، رواه أبو داود والترمذي وحسنه والنسائي وقال المرسل أولى بالصواب. انظر/ الشرح الكبير (٤/٥٧٢).

الفرج؟ يخرج على روايتين[1]. وعنه لا يحرم وطؤها إذا كان التكفير بالإطعام اختاره أبو بكر وتجب الكفارة بالعود وهو الوطء نص عليه أحمد[2] وأنكر قول مالك أنه العزم على الوطء. وقال القاضي وأبو الخطاب هو العزم، ولو مات أحدهما أو طلقها قبل الوطء فلا كفارة عليه[3]، فإن عاد فتزوجها لم يطأها حتى يكفر[4]، وإن وطئ قبل التكفير أثم واستقرت عليه الكفارة[5] ويجزئه كفارة

---

(١) قوله: «وهل يحرم إلخ» إحداهما: يحرم وهو المذهب وبه قال الزهري والأوزاعي ومالك وأبو عبيد وأصحاب الرأي، لأن ما حرم الوطء من القول حرم دواعيه كالطلاق والإحرام.
والثانية: يجوز وهو قول الثوري وإسحاق وأبي حنيفة وحكى عن مالك. انظر/ المبدع (٧/ ٥٧٢).

(٢) قوله: «وتجب الكفارة إلخ» العود هو الوطء عند أحمد وهو المذهب فمتى وطئ لزمته الكفارة ولا تجب قبل ذلك إلا أنها شرط لحل الوطء فيؤمر بها من أراده ليستحله وحكى نحو ذلك عن الحسن والزهري وهو قول أبي حنيفة إلا أنه لا يوجب الكفارة على من وطئ وهي عنده في حق من وطئ كمن لم يطأ وقال الشافعي العود إمساكها بعد طهارة زمنًا يمكن طلاقها فيه لأن ظهاره منها يقتضي إبانتها فإمساكها عود فيما قال. قال داود العود تكرار الظهار مرة ثانية. وما قاله القاضي رواية عن أحمد قال القاضي نص عليه في رواية جماعة منهم الأثرم واختاره ابن عبدوس وصاحب البلغة إلا أن القاضي وأصحابه لم يوجبوا الكفارة على العازم على الوطء إذا مات أحدهما أو طلق قبل الوطء، إلا أبا الخطاب فإنه أوجبها إذا مات أو طلق بعد العزم على الوطء وهذا قول مالك وأبي عبيد وقد أنكر أحمد هذا. الشرح الكبير (٤/٥٧٣).

(٣) قوله: «فإن مات أحدهما إلخ» هذا مبني على المذهب وهو أن العود الوطء وأما إن قلنا العود هو العزم على الوطء لو عزم ثم مات أو طلقها قبل الوطء وجبت الكفارة وقد ذكرنا الخلاف في ذلك وأيهما مات ورثه صاحبه في قول الجمهور، وقال قتادة إن ماتت لم يرثها حتى يكفر. المبدع (٧/١٥).

(٤) قوله: «فإن عاد فتزوجها إلخ» أي سواء كان الطلاق ثلاثًا أو لا، وسواء رجعت إليه بعد زوج آخر أو لا نص عليه وهو قول الحسن وعطاء والزهري والنخعي ومالك وأبي عبيد وقال قتادة إذا بانت سقط الظهار فإذا عاد فنكحها فلا كفارة عليه، والشافعي قولان كالمذهبين، ولنا عموم الآية وهذا قد ظاهر من امرأته فلا يحل له مسها قبل التكفير. انظر/ الشرح الكبير (٤/٥٧٤).

(٥) قوله: «وإن وطء قبل إلخ» اعلم أن الوطء قبل التكفير محرم عليه، ولا تسقط الكفارة بعد وطئه بموت ولا طلاق ولا غير ذلك وتحريمها عليه باق حتى يكفر ولو كان مجنونًا نص عليه، وقال في الفروع ونصه يلزم مجنونًا بوطئه قال في الفروع وظاهر كلام جماعه لا يلزم المجنون كفارة بوطئه قال وهو أظهر. المبدع (٧/١٥).

واحدة[1]. وإن ظاهر من امرأته الأمة ثم اشتراها لم تحل له حتى يكفر، وقال أبو بكر: يبطل الظهار وتحل له، فإن وطئها فعليه كفارة يمين، وإن كرر الظهار قبل التكفير فكفارة واحدة[2]،وعنه إن كرره في مجالس فكفارات، وإن ظاهر من نسائه بكلمة واحدة فكفارة واحدة، وإن كان بكلمات فلكل واحدة كفارة[3].

فصل في كفارة الظهار وما في معناها

كفارة الظهار على الترتيب، فيجب عليه تحرير رقبة فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكينًا[4]، وكفارة الوطء في رمضان مثلها

---

(١) وقوله: «ويجزئة كفارة واحدة» وهذا قول الحسن وابن سيرين وبكر المزني ومؤرق العجلي وعطاء وطاوس ومجاهد وعكرمة وقتادة لحديث سلمة بن صخر. الشرح الكبير (٤/٥٧٥).

على قوله: «وإن ظاهر من امرأته الأَمة ثم اشتراها لم تحل له حتى يكفر» وهو المذهب وبه يقول مالك وأبو ثور وأصحاب الرأي ونص عليه الشافعي. الشرح الكبير (٤/٥٧٥).

(٢) قوله: «وإن كرر الظهار إلخ» الأول المذهب نقله الجماعة عن أحمد وسواء كان في مجلس أو مجالس ينوي به التأكيد أو الاستئناف أو أطلق، وبه قال مالك وإسحاق وأبو عبيد والشافعي في القديم لأنه قول لم يؤثر تحريم الزوجة فلم يجب به كفارة ظهار كاليمين بالله تعالى فلو كفر عن الأول لزمته الثاني كفارة بغير خلاف. الشرح الكبير (٤/٥٧٦).

على قوله: «وإن كرر في مجالس فكفارة واحدة» وقال الثوري والشافعي في الجديد: إن نوى الاستئناف فكفارتان. الشرح الكبير (٤/٥٧٦).

على قوله: «وإن كرره في مجالس فكفارات» روى ذلك عن علي وعمرو بن دينار وبه يقول أصحاب الرأي. الشرح الكبير (٤/٥٧٦).

(٣) قوله: «فلكل واحدة كفارة» هذا المذهب قال في الفروع وغيره قال ابن حامد إذا ظاهر بكلمات فلكل واحدة كفارة رواية واحدة قال المصنف والشارح: إذا ظاهر بكلمة واحدة فكفارة واحدة بغير خلاف في المذهب وهو قول عمر وعلي وعروة وطاوس وعطاء وربيعة ومالك والأوزاعي وإسحاق وأبي ثور والشافعي في القديم. انظر/ الشرح الكبير (٤/٥٧٦).

(٤) قوله: «كفارة الظهار على الترتيب إلخ» وذلك لقوله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ﴾ الآية ولقوله ﷺ لخولة حين ظاهر منها زوجها: يعتق رقبة، قلت لا يجد قال فيصوم شهرين متتابعين، قلت يا رسول الله إنه شيخ كبير ما به صيام قال فليطعم ستين مسكينًا. وهذا الترتيب لا خلاف فيه إذا كان المظاهر حرًا فأما العبد فيأتي حكمه. وعدم استطاعة الصوم إما لكبر أو مرض غير مرجو زواله أو يخاف زيادته أو بطأ أو تطاوله أو لشبق واختار في الترغيب أو لضعفه عن معيشته تلزمه وهو خلاف ما نقله أبو داود وغيره في الروضة لضعف عنه أو لكثرة شغل أو شدة حر. المبدع (٧/١٧-١٨).

في ظاهر المذهب[1]، وكفارة القتل مثلهما[2] إلا في الإطعام ففي وجوبه روايتان، والاعتبار في الكفارات بحال الوجوب[3] في إحدى الروايتين، فإذا وجبت وهو موسر ثم أعسر لم يجزئه إلا العتق[4]، وإن وجبت وهو معسر فأيسر لم يلزمه العتق[5] وله الانتقال إليه إن شاء، وعنه في العبد إذا عتق لا يجزئه غير الصوم، والرواية الثانية الاعتبار بأغلظ الأحوال فمن أمكنه العتق من حين الوجوب إلى حين التكفير لا يجزئه غيره، فإن شرع في الصوم ثم أيسر لم يلزمه الانتقال عنه[6] ويحتمل أن يلزمه.

---

(١) قوله: «وكفارة الوطء في نهار رمضان مثلها»، وتقدم ذلك مستوفى في آخر ما يفسد الصيام. المبدع (١٨/٧).

(٢) قوله: «وكفارة القتل مثلهما» يعني أنها على الترتيب في العتق والصيام إلا في الإطعام ففي وجوبه روايتان إحداهما لا يجب الإطعام في كفارة القتل وهو المذهب وعليه أكثر الأصحاب وقدمه في الفروع لأنه لم يذكر في كتاب الله تعالى ولو كان واجبًا لذكره كالعتق والصيام، والثانية يجب لأنها كفارة فيها عتق وصوم فكان فيها إطعام ككفارة الظهار. المبدع (١٨/٧).

(٣) قوله: «والاعتبار في الكفارة إلخ» وهو المذهب كالحد نص عليهما لأنها تجب على وجه الطهرة فكان الاعتبار بحال الوجوب كالحد فإذا وجب وهو عبد فلم يكفر حتى عتق فعليه الصوم لا يجزئه غيره. انظر/ المبدع (١٨/٧).

(٤) قوله: «لم يجزئه إلا العتق» أي لأنه هو الذي وجب عليه فلا يخرج عن العهدة إلا به. المبدع (١٨/٧).

(٥) قوله: «وإن وجبت وهو معسر إلخ» أي لأنه غير ما وجب عليه، لا يقال الصوم بدل عن العتق فإذا وجد من يعتقه وجب الانتقال إليه كالمتيمم يجد الماء قبل الصلاة أو فيها للفرق بينهما فإن الماء إذا وجد بعد التيمم بطل بخلاف الصوم فإن العتق لو وجد بعد فعله لم يبطل لكن له الانتقال إليه لأن العتق هو الأصل فوجب أن يجزئه كسائر الأصول. المبدع (١٨/٧).

(٦) قوله: «فإن شرع في الصوم إلخ» هذا المذهب وبه قال الشعبي وقتادة ومالك والأوزاعي والليث والشافعي وأبو ثور وابن المنذر يحتمل أن يلزمه وإليه ذهب ابن سيرين وعطاء والنخعي والحكم وحماد والثوري وأبو عبيد وأصحاب الرأي لأنه قدر على الأصل قبل أداء فرضه بالبذل فلزمه العود إليه كالمتيمم يجد الماء قبل الصلاة أو في أثنائها. ولنا أنه لم يقدر على العتق قبل تلبسه بالصيام فأشبه ما لو استمر العجز إلى ما بعد الفراغ، ولأنه وجد المبدل بعد الشروع في صوم البدل فلم يلزمه الانتقال إليه كالمتمتع يجد الهدى بعد الشروع في الصيام، ويفارق ما إذا وجد الماء في الصلاة فإن=

فصل

فمن ملك رقبة أو أمكنه تحصيلها بما هو فاضل عن كفايته وكفاية من يمونه على الدوام وغيرها من حوائجه الأصلية بثمن مثلها لزمه العتق[1]، ومن له خادم يحتاج إلى خدمته[2] أو دار يسكنها[3] أو دابة يحتاج إلى ركوبها أو ثياب يتجمل بها أو كتب يحتاج إليها أو لم يجد رقبة إلا بزيادة عن ثمن مثلها يجحف به لم يلزمه العتق وإن وجدها بزيادة لا تجحف به فعلى وجهين[4]. وإن وهبت له رقبة لم يلزمه قبولها[5]، وإن كان ماله غائبًا أو أمكنه شراؤها بنسيئة لزمه[6] ولا

= قضاءها يسير، وروى البيهقي من حديث أبي القاسم البغوي حدثنا علي بن الجعد حدثنا ابن أبي ذئب عن ابن شهاب قال: السنة فيمن صام الشهرين ثم أيسر أن يمضي. الشرح الكبير (٤/٥٧٨-٥٧٩).

(١) قوله: «فمن ملك رقبة – إلى قوله – يلزمه العتق»، هذا بالإجماع وأنه ليس له الانتقال إلى الصيام إذا كان حرًا مسلمًا ويشترط أيضًا أن يكون فاضلاً عن وفاء دينه على الصحيح من المذهب وعنه لا يشترط ذلك ومحل الخلاف عند المصنف وغيره إذا لم يكن مطالبًا بالدين. انظر/المبدع (٧/٢٠).

(٢) قوله: «ومن له خادم يحتاج إلى خدمته» أي لكبر أو مرض أو زمن أو عظم خلق ونحوه مما يعجز عن خدمة نفسه أو يكون ممن لا يخدم نفسه في العادة ولا يجد رقبة فاضلة على خدمته فليس عليه الاعتقاد وبهذا قال الشافعي وقال مالك وأبو حنيفة والأوزاعي متى وجد رقبة لزمه إعتاقها ولم يجز له الانتقال إلى الصيام سواء كان محتاجًا إليها أو لم يكن لأن الله تعالى شرط في الانتقال إلى الصيام أن لا يجد رقبة وهذا وجد، وإن وجد ثمنها وهو محتاج إليه لم يلزمه شراؤها وبه قال أبو حنيفة وقال مالك يلزمه لأن وجدان ثمنها كوجدانها فعلى المذهب لو كان عنده خادم يمكنه بيعه ويشتري به رقيقين يغتني بخدمة أحدهما ويعتق الآخر لزمه ذلك. الشرح الكبير (٤/ ٥٧٩-٥٨٠).

(٣) قوله: «أو دار يسكنها» أو عقار يحتاج إلى غلته لمؤنته أو عرض للتجارة لا يستغني عن ربحه في مؤنته لم يلزمه العتق، وإن استغنى عن شيء من ذلك لزمه بأن كانت له ثياب فاخرة تزيد على ملابس مثله يمكنه بيعها ويشتري ما يكفيه في لباسه أو كانت له دار يمكنه بيعها وشراء ما يكفيه لسكنى مثله. المبدع (٧/٢١).

(٤) قوله: «وإن كانت الزيادة لا تجحف بماله إلخ» أحدهما يلزمه وهو المذهب لأنه قدر على الرقبة بثمن يقدر عليه لا يجحف به. المبدع (٧/٢١).

(٥) قوله: «وإن وهبت إلخ» أي لأن عليه منة في قبولها وذلك ضرر في حقه.

(٦) قوله: «وإن كان ماله غائبًا إلخ» وهذا المذهب. المبدع (٧/٢١).

يجزئه في كفارة القتل إلا رقبة مؤمنة[١] وكذلك في سائر الكفارات في ظاهر المذهب، ولا يجزئه إلا رقبة سليمة من العيوب المضرة بالعمل ضررًا بينًا[٢] كالعمى وشلل اليد والرجل أو قطعها أو قطع إبهام اليد أو سبابتها أو الوسطى أو الخنصر والبنصر[٣] من يد واحدة ولا يجزئ المريض المأيوس منه ولا النحيف العاجز عن العمل[٤] ولا غائب لا يعلم ....

«**المريض المأيوس**» اسم مفعول من يئس من الشيء: إذا انقطع أمثله منه، وهو مهموز بوزن مأكول.

«**ولا النحيف**» وهو الرقيق الضعيف. صفة من نحف بضم الحاء، وكسرها لغة فيه.

---

(١) قوله: «ولا يجزئ في كفارة القتل إلخ» لقوله تعالى: ﴿ وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا ﴾ الآية وهذا بلا نزاع وكذلك سائر الكفارات وهو المذهب وعليه جماهير الأصحاب وهو قول الحسن ومالك والشافعي وإسحاق وأبي عبيدة. وعنه تجزئه رقبة كافرة اختاره أبو بكر، فيجزئ من الظهار وغيره ما عدا القتل عتق رقبة ذمية وهو قول عطاء والثوري والنخعي وأبي ثور وأصحاب الرأي وابن المنذر لأن الله تعالى أطلق الرقبة في كفارة الظهار فيجب أن يجزئ ما تناوله الإطلاق. ولنا ما روى معاوية بن الحكم قال «كانت لي جارية فأتيت النبي ﷺ قلت على رقبة أفأعتقها؟ فقال لها رسول الله ﷺ: «أين الله؟» قالت في السماء. قال: «من أنا؟». قالت أنت رسول الله، فقال رسول الله «أعتقها فإنها مؤمنة» رواه مسلم. فعلل جواز إعتاقها عن الرقبة التي عليه بأنها مؤمنة. الشرح الكبير (٤/٥٨١).

(٢) قوله: «ولا يجزئ إلا رقبة سليمة إلخ» أي لأن المقصود تمليك العبد منافعه وتمكينه من التصرف لنفسه ولا يحصل هذا مع ما يضر بالعمل ضررًا بينًا.

(٣) قوله: «كالعمى إلخ» يعني أن ذلك لا يجزئ وهذا المذهب وعليه الأصحاب، وعنه إن كانت إصبعه مقطوعة فأرجو هذا يقدر على العمل؛ فعلى المذهب يجزئ عتق الأعور. وظاهر كلام المصنف أنه يجزئ عتق المرهون وهو صحيح وهو المذهب. وقيل لا يجزئ ولا يصح إلا مع يسار الراهن وظاهر كلامه أنه يجزئ الجاني وهو صحيح ولو قتل في الجناية. المبدع (٧/٢٣).

على قوله: «من يد واحدة» مفهومه أنه لو قطع واحدة من الخنصر والبنصر أو قطعا من يدين أنه يجزئه وهو المذهب. المبدع (٧/٢٣).

(٤) قوله: «ولا يجزئ المريض إلخ» أي كمن مرضه مرض السل لأن برءه يندر وإن كان المرض يرجى زواله أجزأ على المذهب ولا يجزئ النحيف العاجز عن العمل لأنه كالمريض المأيوس من برئه، ولا يجزئ الزمن والمقعد على المذهب، وعنه يجزئ كل واحد منهما. المبدع (٧/٢٣).

خبره[1] ولا مجنون مطبق ولا أخرس لا تفهم إشارته[2] ولا عتق من علق عتقه بصفة عند وجودها ولا من يعتق عليه بالقرابة ولا من اشتراه بشرط العتق في ظاهر المذهب ولا أم ولد في الصحيح عنه ولا مكاتب قد أدى من كتابته شيئًا في اختيار شيوخنا، وعنه يجزئ، وعنه لا يجزئ مكاتب بحال، ويجزئ الأعرج يسيرًا والمجدع الأنف والأذن والمجبوب والخصي ومن يخنق في الأحيان والأصم والأخرس الذي يفهم الإشارة وتفهم إشارته والمدبر والمعلق عتقه بصفة وولد الزنا والصغير، وقال الخرقي إذا صلى، وإن عتق نصف عبد وهو معسر ثم اشترى باقيه فأعتقه أجزأه إلا على رواية وجوب الاستسعاء، وإن أعتقه وهو موسر فسرى لم يجزه نص عليه، ويحتمل أن يجزئه، وإن أعتق نصفًا آخر أجزأه عند الخرقي ولم يجزه عن أبي بكر.

«**في اختيار شيوخنا**» أي: شيوخ مذهبنا، فحذف المضاف، وأقام المضاف إليه مقامه. يعني: أن هذه الرواية اختارها الخرقي، وغيره. قال القاضي أبو يعلى: وهو الصحيح.

«**والمجدع**» الجدع: قطع الأنف، والأذن، والشفة، وهو بالأنف أخص. يقال:

---

(١) قوله: «ولا غائب لا يعلم خبره» هذا المذهب لأنه مشكوك في بقاء حياته والأصل شغل الذمة فلا يبرأ بالشك، وقيل يجزئ وجزم القاضي في الخلاف أنه يجزئ من جهل خبره عن كفارته. انظر المبدع (٧/٢٤).

[تنبيه] محل الخلاف إذا لم يعلم خبره مطلقًا أما إن أعتقه ثم تبين بعد ذلك كونه حيًا فإنه يجزئ قولاً واحدًا. الإنصاف (٩/٢٢١).

(٢) قوله: «ولا أخرس إلخ» هذا المذهب نص عليه وعليه جماهير الأصحاب وفيه وجه يجزئ اختاره القاضي وجماعة من أصحابه قاله الزركشي. المبدع (٧/٢٤).

[فائدة] لا يجزئ الأخرس الأصم على الصحيح من المذهب، واختار أبو الخطاب والمصنف الإجزاء إذا فهمت إشارته الإنصاف(٩/٢٢١).لأن الإشارة تقوم مقام الكلام في الإفهام وأحكامه كلها تثبت بإشارته فكذلك عتقه، وكذلك الأخرس الذي تفهم إشارته وهذا مذهب الشافعي وأبي ثور ووجه الأول أن منفعة الحس ذاهبة فأشبه زائل العقل ولأن الخرس نقص كبير يمنع كثيرًا من الأحكام مثل القضاء والشهادة وبهذا قال أصحاب الرأي، قال الشارح والأول أولى إن شاء الله تعالى. الشرح الكبير (٤/ ٥٨٢-٥٨٣).

فصل

فمن لم يجد رقبة فعليه صيام شهرين متتابعين حرًا كان أو عبدًا[1] ولا تجب نية التتابع[2] فإن تخلل صومها صوم شهر رمضان أو فطر واجب كفطر العيد أو الفطر لحيض أو نفاس أو جنون أو مرض مخوف عليه أو فطر الحامل والمرضع لخوفهما على أنفسهما لم ينقطع التتابع[3]، وكذلك إن خافتا على ولديهما[4]

رجل أجدع، ومجدوع، فأما مجدَّع، فللتكثير، لأنه لما كرر جدع أنفه، وأذنه، كثر الجدع فيه، فقيل: مجدَّع، فإن جدع أحدهما أجزأ، بل لو جدع أذناه معًا أجزأ، نص على ذلك في «**المغني**».

---

(١) قوله: «فمن لم يجد فعليه صيام شهرين متتابعين إلخ» أي إذا قدر على الصيام، وهذا إجماع من أهل العلم لقول الله تعالى: ﴿ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ ﴾ ولحديث أوس بن الصامت وسلمة بن صخر ويستوي في ذلك الحر والعبد عند أهل العلم لا نعلم فيه خلافًا وأجمعوا على وجوب التتابع في الصيام ومعنى التتابع الموالاة بين صيام أيامهما فلا يفطر فيهما ولا يصوم عن غير الكفارة. انظر/ المبدع (٧/٢٩).

(٢) قوله: «ولا تجب فيه التتابع» هذا المذهب. الإنصاف (٩/٢٢٨-٢٢٩).

(٣) قوله: «فإن تخلل صومها إلخ» إذا تخلل صوم الشهرين صوم رمضان أو فطر يوم العيدين أو حيض أو جنون لم ينقطع التتابع نص عليه و لم يلزمه كفارة عند الأصحاب وكون الصوم لا ينقطع إذا تخلله رمضان أو يوم العيدين من مفردات المذهب وقال الشافعي ينقطع التتابع ويلزمه الاستئناف لأنه أفطر في أثناء الشهرين بما كان يمكنه التحرز منه. ولنا أنه صوم منعه الشرع عن صومه في الكفارة فلم يقطع التتابع كالحيض والنفاس وأما إذا أفطرت الحامل لأجل النفاس فجزم المصنف هنا أنه لا ينقطع التتابع وهو أحد الوجوه والصحيح من المذهب. الشرح الكبير (٤/٥٨٩).

(٤) قوله: «وكذلك إن خافتا على ولديهما» يعني إذا أفطرتا لخوفهما على ولديهما لم يقطع التتابع وهو أحد الوجهين والمذهب منهما لأنه فطر أبيح لهما بسبب لا يتعلق باختيارهما فلم ينقطع كما لو أفطرتا خوفًا على أنفسهما، ويحتمل أن ينقطع وهو للقاضي واختاره لأن الخوف على غيرهما ولذلك يلزمهما الفدية مع القضاء. المبدع (٧/٣١).

[فائدة] لو أفطر مكرها أو ناسيًا كمن وطيء كذلك أو أخطأ كمن أكل يظنه ليلاً فبان نهارًا لم ينقطع التتابع على الصحيح من المذهب كالجاهل به وقال المصنف ومن تابعه: لو أكل ناسيًا لوجوب التتابع أو جاهلاً به أو ظنًا منه أنه قد أتم الشهرين انقطع تتابعه. الإنصاف (٩/٢٣١).

ويحتمل أن ينقطع، وإن أفطر لغير عذر أو صام تطوعًا أو قضاء أو عن نذر أو كفارة أخرى لزمه الاستئناف[1]، وإن أفطر لعذر يبيح الفطر كالسفر والمرض غير المخوف فعلى وجهين[2]، وإن أصاب المظاهر منها ليلاً أو نهارًا انقطع التتابع[3]، وعنه لا ينقطع بفعله ناسيًا، وإن أصاب غيرها ليلاً لم

---

(١) قوله: «وإن أفطر لغير عذر إلخ» هذا بلا نزاع لأنه أخل بالتتابع المشروط ويقع صومه عن ما نواه على الصحيح من المذهب لأن هذا الزمان ليس بمستحق معين للكفارة ولهذا يجوز صومها في غيره. المبدع (٣١/٧).

(٢) قوله: «وإن أفطر لعذر يبيح الفطر إلخ» أحدهما لا ينقطع التتابع وهو المذهب لأنه مرض أباح الفطر أشبه المخوف والثاني ينقطع لأنه أفطر اختيارًا وكذلك السفر على المذهب فإنه قال في رواية الأثرم كأن السفر غير المرض وما ينبغي أن يكون أوكد من رمضان فظاهر هذا أنه لا يقطع التتابع وهذا قول الحسن، والوجه الثاني يقطعه وهو قول مالك وأصحاب الرأي لأن السفر يحصل باختياره فقطع التتابع، والصحيح الأول لأنه أفطر لعذر يبيح الفطر في رمضان فلم ينقطع التتابع المبدع (٣١/٧-٣٢).

[فائدة] لو نوى صوم شهر رمضان عن الكفارة لم يجزئه عن رمضان ولا عن الكفارة وانقطع التتابع حاضرًا كان أو مسافرًا لأنه تخلل صوم الكفارة فطر غير مشروع وقال مجاهد وطاوس يجزئه عنهما وقال أبو حنيفة إن كان حاضرًا أجزأه عن رمضان دون الكفارة لأن تعيين النية غير مشترط لرمضان، وإن كان مسافرًا أجزأه عن الكفارة دون رمضان حضرًا أو سفرًا. ولنا أن رمضان متعين لصومه محرم صومه عن غيره فلم يجزئه عن غيره كيومي العيدين ولأنه ﷺ قال: «إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى» وهذا ما نوى رمضان ولا فرق بين الحضر والسفر. انظر/ الشرح الكبير (٤/ ٥٩٢).

(٣) قوله: «فإن أصاب المظاهر منها إلخ» هذا المذهب مطلقًا وبه قال مالك والثوري وأبو عبيد وأصحاب الرأي لأن الله تعالى قال: ﴿ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا ﴾ فأمر بهما خاليين عن وطء ولم يأت بهما على ما أمر فلم يجزئه كما لو وطئ نهارًا ذاكرًا، وعنه لا ينقطع التتابع بالوطء ليلاً وهو مذهب الشافعي وأبي ثور وابن المنذر، لأنه وطء لا يفسد الصوم فلا يوجب الاستئناف كوطء غيرها، وإن وطئها أو وطئ غيرها في نهار الشهرين عامدًا أفطر وانقطع التتابع إجماعًا إذا كان غير معذور، وإن وطئها أو وطئ غيرها ناسيًا نهارًا أفطر وانقطع التتابع في إحدى الروايتين، لأن الوطء لا يعذر فيه بالنسيان، وعنه لا يفطر ولا ينقطع التتابع وهو قول الشافعي وأبي ثور وابن المنذر لأنه فعل الفطر ناسيًا أشبه ما لو أكل ناسيًا، ولو أبيح له الفطر لعذر فوطئ غيرها نهارًا لم ينقطع التتابع لأن الوطء لا أثر له في قطع التتابع. الشرح الكبير (٥٩٢/٤).
=

ينقطع[1].

فصل

فإن لم يستطع لزمه إطعام ستين مسكينًا مسلمًا حرًا صغيرًا كان أو كبيرًا إذا أكل الطعام[2]، ولا يجوز دفعها إلى مكاتب ولا إلى من تلزمه مؤنته وإن دفعها

=[تنبيه] ظاهر كلام المصنف أنه إذا أصاب المظاهر منها ليلاً عمدًا أنه ينقطع قولاً واحدًا لأنه إنما حكى الخلاف في النسيان وليس الأمر كذلك بل الخلاف جار في العمد والسهو بلا نزاع عند الأصحاب ولذلك قال الزركشي وهو غفلة من المصنف. انظر/ الإنصاف (٩/٢٣٣).

(١) قوله: «وإن أصاب غيرها إلخ» وهذا بلا خلاف أعلمه، وكذلك لو أصابها نهارًا ناسيًا أو لعذر يبيح الفطر. المبدع (٧/٣٢).

[فائدة] لا ينقطع بوطئه في أثناء العتق أو الإطعام على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب. الإنصاف (٩/٢٣٤).

(٢) قوله: «فإن لم يستطع إلخ» أجمع أهل العلم على أن المظاهر إذا لم يجد الرقبة ولم يستطع الصيام أن فرضه إطعام ستين مسكينًا على ما أمر الله تعالى في كتابه وجاء في سنة نبيه ﷺ سواء عجز عن الصوم لكبر أو مرض يخاف بالصوم تباطؤه أو زيادته أو الشبق فلا يصبر فيه عن الجماع فإن أوس بن الصامت لما أمره رسول الله ﷺ بالصوم قالت امرأته إنه شيخ كبير ما به من صيام، قال فيطعم ستين مسكينًا. ولما أمر سلمة ابن صخر بالصيام قال وهل أصبت إلا من الصيام قال فأطعم، فنقله إلى الإطعام لما أخبره أن به من الشبق والشهوة ما يمنعه من الصيام، وقسنا على هذين ما يشبههما في معناهما. المبدع (٧/٣٣)، الشرح الكبير (٤/٥٩٢-٥٩٣).

[فائدة] يشترط في المساكين ثلاثة شروط: الإسلام والحرية وأن يكون قد أكل الطعام فلا يجوز دفعها إلى كافر ذميًا كان أو حربيًا وهذا الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب وبه قال الحسن والنخعي والأوزاعي ومالك والشافعي وإسحاق وأبو عبيد، قال أبو ثور وأصحاب الرأي يجوز دفعها إلى الذمي ولنا أنهم كفار فلم يجز إعطاؤهم كمساكين أهل الحرب والآية مخصوصة بهذا فنقيس عليه.

الثاني: أن يكونوا أحرارًا فلا يجوز دفعها إلى مكاتب ولا عبد ولا أم ولد، ولا خلاف في أنه لا يجوز دفعها إلى عبد لأن نفقته واجبة على سيده ولا أم ولد لذلك وبه قال مالك والشافعي.

الثالث: أن يكونوا أكلوا الطعام فإن كان طفلاً لم يأكل الطعام لم يدفع إليه وهذا اختيار الخرقي والقاضي والمصنف والشارح وابن عبدوس قال المجد هذه الرواية أشهر عنه وجزم به في الخلاصة وغيرها وهو ظاهر قول مالك، والرواية الثانية يجوز دفعها إلى الصغير الذي لم يطعم ويقبض له وليه وهذا المذهب جزم به في الوجيز وقدمه في=

إلى من يظنه مسكينًا فبان غنيًا فعلى وجهين[1] وإن رددها على مسكين واحد ستين يومًا لم يجزه إلا أن لا يجد غيره فيجزئه في ظاهر المذهب[2] وعنه لا يجزئه وعنه يجزئ وإن وجد غيره، وإن دفع إلى مسكين في يوم واحد من كفارتين أجزأ[3] وعنه لا يجزئه والمخرج في الكفارة ما يجزئ في الفطرة، وفي الخبز روايتان[4] فإن كان قوت بلده غير ذلك أجزأه منه[5] لقول الله تعالى: ﴿ مِنْ

= الهداية وغيرها وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي قال أبو الخطاب وهو قول أكثر الفقهاء لأنه حر مسلم محتاج فأشبه الكبير ولأن أكله الكفارة ليس بشرط فيصرف فيما تتم به كفايتهم ووجه الأولى قوله فإطعام عشرة مساكين وهذا يقتضي أكلهم فإذا لم يعتبر حقيقة أكلهم وجب اعتبار إمكانه، فأما المكاتب فيجوز دفعها إليه في إحدى الروايتين وهي المذهب اختاره القاضي وأبو الخطاب اختاره القاضي في المجرد والمصنف والشارح ونصراه وقدمه في الهداية وغيرها. انظر/ الشرح الكبير (٤/٥٩٣).

(١) قوله: «فإن دفعها إلى من يظنه مسكينًا إلخ» كالروايتين اللتين في الزكاة خلافًا ومذهبًا على ما تقدم في آخر باب ذكر أهل الزكاة، والصحيح من المذهب الإجزاء. المبدع (٧/٣٤).

(٢) قوله: «وإن رددها على مسكين — إلى قوله — في ظاهر المذهب» وهذا الصحيح من المذهب في ذلك، فإن وجد غيره من المساكين لم تجزئه على الصحيح وعليه جماهير الأصحاب وعنه يجزئه اختاره ابن بطة وأبو محمد الجوزي قال الزركشي اختاره أبو البركات وإن لم يجد غيره فالصحيح من المذهب الإجزاء وعليه جماهير الأصحاب قال المصنف والمجد هذا ظاهر المذهب وعنه لا يجزئه اختاره أبو الخطاب في الانتصار وصححها في عيون المسائل وقال اختارها أبو بكر. المبدع (٧/٣٤).

(٣) قوله: «وإن دفع إلى مسكين في يوم إلخ» هذا المذهب وعليه أكثر الأصحاب وهذا مذهب الشافعي لأنه دفع القدر الواجب إلى العدد الواجب فأجزأ كما لو دفع إليه المدين في يومين، وعنه لا يجزئه وهو قول أبي حنيفة. انظر/ الشرح الكبير (٤/٥٩٤).

(٤) قوله: «والمخرج إلخ» وهو المذهب وعليه جماهير الأصحاب واقتصر الخرقي على البر والشعير والتمر وإخراج السويق والدقيق هنا من مفردات المذهب «وفي الخبز روايتان» وكذا السويق أحدهما لا يجزي وهي اختيار الخرقي قال المصنف وهذه أحسن قال في الإنصاف وهو الصواب وصححه في التصحيح وجزم به الأدمي في منتخبه. المبدع (٧/٣٥).

(٥) قوله: «فإن كان قوت بلده غير ذلك إلخ» أي كالذرة والدخن والأرز وهو أحد الوجهين اختاره أبو الخطاب في الهداية والمصنف قال ابن منجا في شرحه هذا المذهب قال في الإنصاف وهو الصواب وهذا مذهب الشافعي، وقال القاضي لا يجزئه وهو=

أَوۡسَطِ مَا تُطۡعِمُونَ أَهۡلِيكُمۡ ﴾ وقال القاضي: لا يجزئه ولا يجزئ من البر أقل من مد[1] ولا من غيره أقل من مدين ولا من الخبز أقل من رطلين بالعراقي إلا أن يعلم أنه مد. وإن أخرج القيمة أو غدى المساكين أو عشاهم[2] وعنه يجزئه.

((**من أوسط ما تطعمون أهليكم**)) وقال الجوهري: الوسط من كل شيء: أعدله، يقال: شيء وسط: بين الجيد والرديء. وقال عبَيدة السلماني: الأوسط: الخبز، والخل. والأعلى: الخبز واللحم. والأدنى: الخبز البحت، والكل مجزئ والله أعلم.

=المذهب وعليه أكثر الأصحاب. الشرح الكبير (٥٩٥/٤).

(١) قوله: ((ولا يجزئ من البر إلخ)) هذا المذهب وممن قال مدبر زيد بن ثابت وابن عباس وابن عمر حكاه عنهم الإمام أحمد رواه عنهم الأثرم، وعن عطاء وسليمان بن موسى وقال سليمان بن يسار أدركت الناس إذا أعطوا في كفارة اليمين أعطوا مداً من حنطة بالمد الأصفر مد النبي ﷺ ، وقال أبو هريرة رضي الله عنه يطعم مداً من أي الأنواع كان وقاله في الإيضاح وذكره المجد رواية ونقله الأثرم وبه قال عطاء والأوزاعي والشافعي، لما روى أبو داود بإسناده عن أوس ابن أخي عبادة بن الصامت أن النبي ﷺ أعطاه يعني المظاهر خمسة عشر صاعاً من شعير إطعام ستين مسكيناً، وعن أبي هريرة في حديث المجامع أن النبي ﷺ أتى بعرق فيه خمسة عشر صاعاً فقال خذه وتصدق به رواه الأثرم وإذا ثبت في المجامع بالخبز ثبت في المظاهر قياساً عليه وقال مالك لكل مسكين مدان من جميع الأنواع وممن قال مدان من قمح مجاهد وعكرمة والشعبي والنخعي، وقال الثوري وأصحاب الرأي من القمح مدان ومن التمر والشعير صاع لكل مسكين لقوله ﷺ في حديث سلمة بن صخر فأطعم وسقا من تمر رواه أحمد وأبو داود وغيرهما. ولنا ما روى أحمد قال جاءت امرأة من بني بياضة بنصف وسق شعير فقال النبي ﷺ للمظاهر ((اطعم هذا فإن مدى شعير مكان مدبر)) وهذا نص ولأنه قول زيد وابن عباس وابن عمر وأبي هريرة ولم نعرف لهم في الصحابة مخالفاً فكان إجماعاً. انظر/ الشرح الكبير (٥٩٦/٤-٥٩٧).

(٢) قوله: ((وإن أخرج القيمة إلخ)) وهو المذهب وبه قال مالك والشافعي وابن المنذر وهو الظاهر من قول عمر بن الخطاب وابن عباس وأجازه الأوزاعي وأصحاب الرأي وأما إذا غدى المساكين أو عشاهم لم يجزئه على المذهب سواء فعل ذلك بالقدر الواجب أو أقل أو أكثر، ولو غدى كل واحد بمد لم يجزئه إلا أن يملكه إياه وهذا مذهب الشافعي، وعن أحمد يجزئه إذا أطعمهم القدر الواجب وهو قول النخعي وأبي حنيفة واختاره الشيخ تقي الدين، إلا أنه لم يعتبر القدر الواجب وذلك لقوله تعالى ((فإطعام ستين مسكيناً)) وهذا قد أطعمهم.

فصل

ولا يجزئ الإخراج إلا بنية وكذلك الإعتاق والصيام فإن كان عليه كفارة واحدة فنوى عن كفارتي أجزأه وإن كان عليه كفارات من جنس فنوى إحداها أجزأ عن واحدة وإن كانت من أجناس فكذلك عند أبي الخطاب وعند القاضي لا يجزئه حتى يعين سببها فإن كانت عليه كفارة واحدة نسى سببها أجزأته كفارة واحدة على الأول وعلى الثاني يجب عليه كفارات بعدد الأسباب. والله أعلم.

كتاب اللعان

وإذا قذف الرجل امرأته بالزنا فله إسقاط الحد باللعان وصفته أن يبدأ الزوج فيقول أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميت به امرأتي هذه من الزنا ويشير إليها، وإن لم تكن حاضرة سماها ونسبها حتى يكمل ذلك أربع مرات ثم يقول في الخامسة وإن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رميتها به من الزنا. ثم تقول هي أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا أربع مرات، ثم تقول في الخامسة وإن غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماني به

كتاب اللعان

اللعان: مصدر لاعن لعانا: إذا فعل ما ذكر، أو لعن كل واحد من الاثنين الآخر. قال الأزهري: وأصل اللعن: الطرد، والإبعاد. يقال: لعنة الله، أي: باعده[1].

قال الشماخ:

دعوت به القطا ونفيت عنه مقام الذئب كالرجل اللعين

أي: الطريد. والتعن الرجل: إذا لعن نفسه من قبل نفسه، واللعان لا يكون إلا من اثنين، يقال: لاعن امرأته لعانا، وملاعنة، وتلاعناً، والتعنا: بمعنى واحد، ولا عن الإمام بينهما، ورجل لُعَنَة، بوزن همزة: إذا كان يلعن الناس كثيراً، ولُعْنة، بسكون العين: يلعنه الناس.

---

(١) انظر/القاموس المحيط (٤/٢٦٧).

من الزنا فإن نقص أحدهما من الألفاظ الخمسة شيئًا أو بدأت باللعان قبله أو تلاعنا بغير حضرة الحاكم أو نائبه لم يعتد به، وإن أبدل لفظة أشهد بأقسم أو أحلف أو لفظة اللعنة بالإبعاد أو الغضب بالسخط فعلى وجهين، ومن قدر على اللعان بالعربية لم يصح منه إلا بها وإن عجز عنها لزمه تعلمها في أحد الوجهين وفي الآخر يصح بلسانه وإذا فهمت إشارة الأخرس أو كتابته صح لعانه بها وإلا فلا، وهل يصح لعان من اعتقل لسانه وأيس من نطقه بالإشارة؟ على وجهين.

فصل

والسنة أن يتلاعنا قياماً بمحضر جماعة في الأوقات والأماكن المعظمة، وإذا بلغ كل واحد منهما الخامسة أمر الحاكم رجلا فأمسك يده على في الرجل وامرأة تضع يدها على في المرأة ثم يعظه ويقول: اتق الله فإنها الموجبة وعذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة، وأن يكون ذلك بحضرة الحاكم فإن كانت المرأة خفرة بعث من يلاعن بينهما، وإذا قذف الرجل نساءه فعليه أن يفرد كل واحدة بلعان، وعنه يجزئه لعان واحد فيقول أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتكن به من الزنا، وتقول كل واحدة أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا. وعنه إن كان القذف بكلمة واحدة أجزأه لعان واحد وإن كان بكلمات أفرد كل واحدة بلعان.

فصل

ولا يصح إلا بشروط ثلاثة: أحدها: أن يكون بين زوجين عاقلين بالغين سواء كانا مسلمين أو ذميين أو رقيقين أو فاسقين أو كان أحدهما كذلك في إحدى

«**بغير حضرة الحاكم**» حضرة الحاكم بمعنى: حضوره، مثلث الحاء.

«**فإن كانت المرأة خفرة**» بفتح الخاء المعجمة، وكسر الفاء: الشديدة الحياء، خفرت، بكسر الفاء تخفر خفراً، فهي خفرة، ومختفرة، وهي ضد البرزة[1].

---

(١) انظر لسان العرب (٢/١٢٠٩).

الروايتين[1] والأخرى لا يصح إلا بين زوجين مسلمين حرين عدلين فإن اختل شرط منها في أحدهما فلا لعان بينهما. وإن قذف[2] أجنبية أو قال لامرأته زنيت قبل أن أنكحك حد ولم يلاعن[3]، وإن أبان زوجته ثم قذفها بزنا في النكاح أو قذفها في نكاح فاسد وبينهما ولد لاعن لنفيه وإلا حد ولم يلاعن[4]. وإن أبان

---

(١) قوله: ((أحدها أن يكون بين زوجين إلخ)) وهو المذهب وبه قال سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار والحسن وربيعة ومالك وإسحاق. وعنه لا يصح إلا بين زوجين الخ أي فإن اختل شرط منها في أحدهما فلا لعان بينهما لفوات الشرط اختارها الخرقي روى هذا عن الزهري والثوري والأوزاعي وحماد وأصحاب الرأي وعن مكحول ليس بين المسلم والذمية لعان وعن عطاء والنخعي في المحدود وفي القذف يضرب في الحد ولا يلاعن وروى فيه حديث ولا يثبت كذلك قال الشافعي والساجي لأن اللعان شهادة بدليل قوله تعالى: ﴿ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ ﴾ وقال: ﴿ فَشَهَـٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَـٰدَٰتٍ ﴾ ولنا عموم قوله: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ ﴾ الآية، ولأن اللعان يمين فلا تفتقر إلا ما شرطوه كسائر الأيمان ودليل أنه يمين قول النبي ﷺ ((لولا الأيمان لكان لي ولها شأن)) وأما تسميته شهادة فلقوله في يمينه أشهد بالله شهادة وإن كان يميناً كما قال تعالى: ﴿ إِذَا جَآءَكَ ٱلْمُنَـٰفِقُونَ قَالُواْ نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ ٱللَّهِ ﴾. الشرح الكبير (٥/٨).

[فائدة] لا فرق بين كون الزوجة مدخولاً بها أو غير مدخول بها فإنه يلاعنها، قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من تحفظ عنه من علماء الأمصار منهم عطاء والحسن والشعبي والنخعي وعمرو بن دينار وقتادة ومالك وأهل المدينة والثوري وأهل العراق والشافعي لقوله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ ﴾. الشرح الكبير (٥/٩).

[فائدة] إذا قال لامرأته أنت طالق يا زانية ثلاثاً فنقل مهنا عن أحمد يلاعن قال منها قلت فإنهم يقولون يحد ولا يلزمها إلا واحدة، قال بئس ما يقولون فهذا يلاعن لأنه قذفها قبل الحكم ببينونتها فأشبه قذف الرجعية. فأما إن قال أنت طالق ثلاثاً يا زانية فإن كان بينهما ولد لاعن لنفيه وإلا حد ولم يلاعن. الشرح (٥/٩).

(٢) قوله: ((وإن قذف أجنبية)) هذا بلا نزاع المبدع (٥/٧).

(٣) قوله: ((أو قال لامرأته إلخ)) هذا الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب وبه قال مالك والشافعي الشرح الكبير (٥/٩).

(٤) قوله: ((وإن أبان زوجته إلخ)) هذا المذهب وعليه أكثر الأصحاب وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة يلحقه الولد وليس له نفيه ولا اللعان لأنها أجنبية فاشتبهت سائر الأجنبيات إذا لم يكن بينهما ولد. ولنا أن هذا ولد يلحقه بحكم عقد النكاح فكان له نفيه كالنكاح الصحيح، ويفارق إذا لم يكن ولد فإنه لا حاجة إلى القذف لكونها أجنبية. الشرح الكبير (٥/٩-١٠).

امرأته بعد قذفها فله أن يلاعن سواء كان بينهما ولد أو لم يكن وإن قذف زوجته الصغيرة أو المجنونة عزر ولا لعان[1] بينهما.

فصل

الشرط الثاني أن يقذفها بالزنا فيقول زنيت أو يا زانية أو رأيتك تزنين سواء قذفها بزنا في القبل أو في الدبر[2] وإن قال وطئت بشبهة أو مكرهة فلا لعان بينهما[3] وعنه أنه إن كان ثم ولد لاعن لنفيه وإلا فلا[4] فإن قال لم تزن ولكن ليس هذا الولد مني فهو ولده في الحكم ولا لعان [5] بينهما، وإن قال ذلك بعد

---

(١) قوله: «وإن قذف زوجته الصغيرة إلخ» وهو المذهب لأن القذف لا يسقط عن درجة السب فكذا هنا ولا حد لأنه لا يجب عليها بفعل الزنا، ولا لعان بينما لأنه قول تحصل به الفرقة فلا يصح من غير مكلف كالطلاق أو يمين فلا تصح من غير مكلف كسائر الأيمان، فإن ادعى أنه كان زائل العقل حين قذفه فأنكرت ذلك ولأحدهما بينة عمل بها وإلا قبل قولها مع يمينها لأن الأصل والظاهر السلامة والصحة المبدع (٧/٥٢).

(٢) قوله: «الشرط الثاني إلخ» كل قذف يجب به الحسد وسواء في ذلك الأعمى والبصير نص عليه أحمد وبهذا قال الثوري والشافعي وأبو ثور وهو قول عطاء. وقال يحيى الأنصاري ومالك لا يكون اللعان إلا بأحد أمرين إما رؤية وإما إنكار الحمل لأن آية اللعان نزلت في هلال بن أمية وكان قال رأيت بعيني وسمعت بأذني فلا يثبت اللعان إلا في مثله. ولنا قوله والذين يرمون أزواجهم الآية وهذا رامٍ لزوجته فيدخل في عموم الآية والأخذ بعموم اللفظ أولى من خصوص السبب وسواءً القذف بالزنا في القبل أو في الدبر وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة لا يثبت بالقذف في الدبر وبناه على أصله في أن ذلك لا يجب به الحد. الشرح الكبير (٥/١٣).

(٣) قوله: «وإن قال وطئت بشبهة إلخ» إذا قال وطئت بشبهة فقدم المصنف أنه لا لعان بينهما مطلقاً ونص عليه أحمد قال ابن منجا في شرحه هذا المذهب وقطع به في المغني والوجيز وغيرهما لأنه لم يقذفها وإنما يوجب الحد. المبدع (٧/١٣).

(٤) قوله: «وعنه إن كان ثم إلخ» هذا المذهب وينتفي الولد بلعان الرجل وحده نص عليه وعليه أكثر الأصحاب لأنه محتاج إلى نفي الولد، وأما إذا قال وطئت مكرهة وكذا مع نوم أو إغماء أو جنون فقدم المصنف هنا أنه لا لعان بينهما وهو إحدى الروايتين واختاره الخرقي والمصنف وجزم به في الوجيز وغيره قال ابن منجا هذا المذهب، وعنه إن كان ثم ولد لاعن لنفيه وإلا فلا فينتفي بلعانه وحده نص عليه قال في الفروع اختاره الأكثر منهم القاضي وأبو بكر وابن حامد والشريف والشيرازي وغيرهم. انظر/ الإنصاف (٩/٢٥٢-٢٥٣).

(٥) قوله: «وإن قال لم تزن إلخ» هذا إحدى الروايتين اختاره الخرقي والمصنف وجزم به=

أن أباها فشهدت امرأة مرضية أنه ولد على فراشه لحقه نسبه[1] وإن ولدت توأمين فأقر أحدهما ونفى الآخر لحقه نسبهما ويلاعن لنفي الحد، وقال القاضي يحد[2].

فصل

الثالث: أن تكذبه الزوجة ويستمر ذلك إلى انقضاء اللعان، فإن صدقته أو سكتت لحقه النسب ولا لعان في قياس المذهب[3] وإن مات أحدهما قبل اللعان

= في الوجيز ومنتخب الأدمي وقدمه في النظم والفروع والشرح ونصره لأن هذا ليس بقذف بظاهره لاحتمال أنه يريد أنه من زوج آخر أو من وطء شبهة أو غير ذلك ولكنه يسأل فإن قال زنت فولدت هذا من الزنا فهذا قذف يثبت به اللعان، وعن أحمد يلاعن لنفي الولد واختاره الأكثر منهم أبو بكر وابن حامد والقاضي والشريف وأبو الخطاب والشريف في خلافاتهم وابن عبدوس وجزم به في الوجيز، والثانية: لا يجوز قال في المحرر وهو الأصح عندي. واعلم أن هذه المسائل الثلاث على حد سواء. المبدع (٧/٥٣).

(١) قوله: ((وإن قال ذلك بعد أن أباها إلخ))، كلام المصنف في المسألة التي قبلها اللعان وعدمه، وكلامه هنا في لحوق نسب الولد وعدمه، فإذا قال ذلك لمطلقته أو لزوجته أو لسريته فلا يخلو إما أن يشهد به أنه ولد على فراشه أو لا فإن شهد به لحقه نسبه بلا نزاع ويكفي امرأة واحدة مرضية على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب لأن شهادة المرأة الواحدة بالولادة مقبولة لأنها مما لا يطلع عليه الرجال، وعنه امرأتان، وإن لم يشهد به أحد أنه ولد على فراشه فالقول قول الزوج على الصحيح من المذهب. المبدع (٧/٥٤).

(٢) قوله: ((وإن ولدت توأمين إلخ)) وهذا المذهب لأن الحمل الواحد لا يجوز أن يكون بعضه منه وبعضه من غيره فإذا ثبت نسب أحدهما منه ثبت الآخر، وقال القاضي يحد ولا يملك إسقاطه باللعان وهذا مذهب الشافعي لأنه باستلحاقه اعترف بكذبه في قذفه. المبدع (٧/٥٤).

[فائدة] التوأمان المنفيان أخوان لأم فقط على الصحيح من المذهب، وفي الترغيب وجه يتوارثان بأخوة أبوة. انظر/ الإنصاف (٩/٢٥٦).

(٣) قوله: ((فإن صدقته إلخ)) واقتصر عليه الشارح وهو المذهب نص عليه وعليه أكثر الأصحاب لأن الولد للفراش وإنما ينتفي عنه باللعان ولم يوجد شرطه ولم يوجد اللعان لانتفاء شرطه فبقي النسب لاحقاً به ولا لعان سواء صدقته قبل لعانه أو بعده وبهذا قال أبو حنيفة. وقال الشافعي إن صدقته قبل لعانه فعليها الحد وليس له أن يلاعن إلا أن يكون له نسب ينفيه فيلاعن وحده وينتفي النسب بمجرد لعانه وإن كان بعد لعانه=

ورثه صاحبه ولحقه نسب الولد ولا لعان، وإن مات الولد فله لعانها ونفيه وإن لاعن ونكلت الزوجة عن اللعان خلى سبيلها ولحقه الولد[1] ذكره الخرقي وعن أحمد أنها تحبس حتى تقر أو تلاعن، ولا يعرض للزوج حتى تطالبه الزوجة، فإن أراد اللعان من غير طلبها فإن كان بينهما ولد يريد نفيه فله ذلك وإلا فلا.

فصل

فإذا تم اللعان بينهما ثبت أربعة أحكام: أحدها سقوط الحد عنه أو التعزير ولو قذفها برجل بعينه سقط الحد عنه لهما، الثاني الفرقة بينهما وعنه لا تحصل حتى

«**ولا يعرض للزوج**» يعرض بضم الياء على البناء للمفعول، أي: لا يتعرض له. نقل الجوهري عن الفراء.

يقال: مر بي فلان فما عرضت له، بفتح الراء، وكسرها.

قال يعقوب: ولا تقل: ما يعرِّضك بالتشديد.

= فقد انتفى النسب ولزمها الحد. الشرح الكبير (٥/١٦).

على قوله: «فإن صدقته أو سكتت» أو عفت عنه أو ثبت زناها بأربعة سواء أو قذف مجنونة بزنا قبله أو محصنة فجنت أو خرساء أو ناطقة ثم خرست نص على ذلك. المبدع (٧/٥٤).

(١) قوله: «وإن لاعن ونكلت إلخ»، ولا حد عليها على الصحيح من المذهب حتى قال الزركشي: أما انتفاء الحد عنها فلا نعلم فيه مخالفاً في مذهبنا.

قال الشارح وإن رجعت سقط الحد عنها بغير خلاف علمناه وبه يقول الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي فإن الرجوع عن الإقرار بالحد مقبول وليس له أن يلاعن للحد فإنه لم يجب عليه لتصديقها إياه فإن أراد لعانها لنفي نسب الولد فليس له ذلك في جميع هذه الصور وبه يقول أصحاب الرأي، وقال الشافعي له لعانها لنفي النسب فيها كلها لأنها لو كانت صالحة عفيفة فكذبته ملك نفي ولدها فإذا كانت فاجرة فصدقته فلأن يملك نفي ولدها أولى.

وقال الجوزجاني وأبو الفرج والشيخ تقي الدين: عليها الحد، وقال في الفروع:وهو قويٌّ وقدم المصنف هنا أنه يخلي سبيلها هنا وعن أحمد تحبس الخ قال في الإنصاف وهذه المذهب ويكون إقرارها بالزنا أربع مرات ولا يقام نكولها مقام إقرار مرة على الصحيح من المذهب وبه قال مكحول والشعبي ومالك والشافعي وأبو عبيد وأبو ثور وابن المنذر. انظر/ الشرح الكبير (٥/١٩)، الإنصاف (٩/٢٥٦-٢٥٧).

يفرق الحاكم بينهما[1] الثالث التحريم المؤبد[2] وعنه أنه إذا كذب نفسه حلت له[3] وإن لاعن زوجته الأمة ثم اشتراها لم تحل له إلا أن يكذب نفسه على

---

(١) قوله: «وعنه لا تحصل إلخ» المذهب أن الفرقة تحصل بتمام لعانها فلا يقع الطلاق ولا يعتبر تفريق الحاكم وهذا قول مالك وأبي عبيد وأبي ثور وداود وزفر وابن المنذر وروى ذلك عن ابن عباس رضي الله عنهما لما روى عن عمر رضي الله عنه قال المتلاعنان يفرق بينهما وقال لا يجتمعان أبداً رواه سعيد ولأنه معنى يقتضي التحريم المؤبد فلم يقف على حكم حاكم كالرضاع ولأنها لو وقفت على تفريق الحاكم لساغ ترك التفريق إذا كرهاه وتفريقه ﷺ بينهما بمعنى إعلامه لهما بحصول الفرقة. وعنه لا تحصل حتى يفرق الحاكم بينهما وهو ظاهر كلام الخرقي واختاره القاضي والشريف وأبو الخطاب وغيرهم والمؤلف وبه يقول أصحاب الرأي لما روى نافع عن ابن عمر أن رجلاً لاعن امرأته في زمن رسول الله ﷺ وانتفى من ولدها ففرق رسول الله ﷺ بينهما وألحق الولد بالمرأة رواه الجماعة. وعن سعيد بن جبير قال: قلت لابن عمر رجل قذف امرأة، قال فرق رسول الله ﷺ بين أخوي بني العجلان وقال الله يعلم أن أحدكما كاذب فهل منكما تائب يرددها ثلاث مرات فأبيا ففرق بينهما متفق عليه، فدل أن الفرقة لا تحصل بمجرد اللعان فعلى هذه إن طلقها قبل التفريق لحقها طلاقه ويلزم الحاكم الفرقة من غير طلب وعليها لو لم يفرق الحاكم بينهما كان بحاله قال المؤلف. وقال الشافعي تحصل الفرقة بمجرد لعان الزوج وحده قال المؤلف ولا نعلم أحداً وافقه على ذلك وعليهما فرقة اللعان فسخ لأنها فرقة تقتضي تحريماً مؤبداً. الشرح الكبير (٥/٢٢-٢٣)، المبدع (٧/٥٧-٥٨).

(٢) قوله: «الثالث التحريم المؤبد» لا خلاف بين أهل العلم في أنه إذا لم يكذب نفسه أنها لا تحل له إلا أن يكون قولا شاذا فإن كذب نفسه فالمذهب أنها لا تحل له ونقله الجماعة عن أحمد وجاء عن عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وابن مسعود: المتلاعنان لا يجتمعان أبداً، وبه قال الحسن وعطاء وجابر بن زيد والنخعي والزهري والحكم ومالك والثوري والأوزاعي والشافعي وأبو عبيد وأبو ثور وأبو يوسف لقول سهل بن سعد: مضت السنة في المتلاعنين أن يفرق بينهما ثم لا يجتمعان أبداً رواه الجوزجاني وأبو داود ورجاله ثقات، وروى الدارقطني ذلك عن علي. انظر/ الشرح الكبير (٥/٢٤-٢٥).

(٣) قوله: «وعنه إن أكذب نفسه إلخ» أي وعاد فراشه بحاله كما لو لم يلاعن ولكن هذه الرواية شذ بها حنبل عن أصحابه قال أبو بكر لا نعلم أحداً رواها غيره، قال المؤلف وينبغي أن تحمل على ما إذا لم يفرق الحاكم، فإما مع تفريقه فلا وجه لبقاء النكاح بحاله، وعن سعيد بن المسيب إن أكذب نفسه فهو خاطب من الخطاب وبه قال أبو حنيفة ومحمد بن الحسن لأن فرقة اللعان عندهما طلاق، وقال سعيد بن جبير إن=

الرواية الأخرى، وإذا قلنا تحل له الزوجة بإكذاب نفسه فإن لم يكن وجد منه طلاق فهي باقية على النكاح وإن وجد منه طلاق دون الثلاث فله رجعتها. الرابع انتفاء الولد عنه بمجرد اللعان ذكره أبو بكر [(١)] وينتفي عنه حملها وإن لم يذكره، وقال الخرقي لا ينتفي عنه حق يذكره في اللعان فإذا قال أشهد بالله لقد زنت يقول وما هذا الولد ولدي، وتقول هي أشهد بالله لقد كذب وهذا الولد ولده. وإن نفى الحمل في التعانه لم ينتف حتى ينفيه عند وضعها له ويلاعن[(٢)].

فصل

ومن شرط نفي الولد أن لا يوجد دليل على الإقرار به، فإن أقر به أو بتوأمه أو نفاه وسكت عن توأمه أو هنئ به فسكت أو أمن على الدعاء أو أخر نفيه مع

((أَو هنئ)) مبني للمفعول. يقال: هنئت بكذا: فرحت به، وهنَّأته به: فرَّحته،

= أكذب نفسه ردت إليه ما داما في العدة. الشرح الكبير (٥/٢٤-٢٥).

على قوله: ((وإن لاعن زوجته الأمة ثم اشتراها لم تحل له)) هذا المذهب مطلقاً. الإنصاف (٩/٢٦١).

(١) قوله: ((الرابع انتفاء الولد إلخ)) اعلم أن الولد ينتفي بتمام تلاعنهما على الصحيح من المذهب، لما روى سهل بن سعد أن رسول الله ﷺ فرق بينهما ولا يدعي ولدها لأب ولا يرمي ولدها، ومن رماها أو رمى ولدها فعليه الحد رواه أحمد وأبو داود، فظاهره أن لا يشترط ذكره فيه والمذهب كما اختاره الخرقي والقاضي والمصنف والشارح أنه لا ينتفي إلا بذكره في اللعان وهذا مذهب الشافعي وأجابا في المغنى والشرح عن حديث سهل بأن ابن عمر روى القصة وذكر فيها أن رجلاً لاعن امرأته في زمن النبي ﷺ فانتفى من ولدها ففرق بينهما وألحق الولد بالمرأة، والزيادة من الثقة مقبولة فعلى هذا لا بد من ذكر الولد في كل لفظة ومن اللعن في الخامسة لأنه شخص يسقط باللعان فكان ذكره شرطاً كالزوجة. انظر/ الشرح الكبير (٥/٥٩-٦٠).

(٢) قوله: ((وإن نفى الحمل في التعانه إلخ)) هذا المذهب وهو من مفرداته قاله في الإنصاف وقال الشارح هذا قول أبي حنيفة وجماعة من أهل الكوفة لأن الحمل غير متيقن لجواز أن يكون ريحاً، وقيل يصح نفيه قبل وضعه اختاره المصنف والشارح وبه قال مالك والشافعي لحديث هلال بن أمية وأنه نفى حملها فنفاه عنه النبي ﷺ وألحقه بالأم ولا خفاء بأنه كان حملاً ولهذا قال ﷺ: ((انظروها فإن جاءت به كذا وكذا)). قال ابن عبد البر الآثار الدالة على صحة هذا القول كثيرة وأوردها قال المصنف والشارح: وهذا القول هو الصحيح لموافقته ظواهر النصوص، وما خالف الحديث لا يعمل به كائناً ما كان. الشرح الكبير (٥/٢٦).

إمكانه لحقه نسبه و لم يملك نفيه، وإن قال أخرت نفيه رجاء موته لم يعذر بذلك وإن قال لم أعلم به أو لم أعلم أن لي نفيه أو لم أعلم أن ذلك على الفور وأمكن صدقه قبل قوله و لم يسقط نفيه(١) وإن أخره لحبس(٢) أو مرض أو غيبة أو شيء يمنعه ذلك لم يسقط ومن أكذب نفسه بعد نفيه لحقه نسبه ولزمه الحد إن كانت المرأة محصنة، أو التعزير إن لم تكن محصنة(٣).

فصل فيما يلحق من النسب

من أتت امرأته بولد يمكن كونه منه وهو أن تأتي به بعد ستة أشهر منذ أمكن اجتماعه بها ولا يقل من أربع سنين منذ أبانها وهو ممن يولد لمثله لحقه نسبه(٤) وإن لم يمكن كونه منه مثل أن تأتي به لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها أو لأكثر من أربع سنين منذ أبانها(٥) أو أقرت بانقضاء عدتها ....

وهنِّئ به: فرح، كله بالهمز. قال الجوهري: التهنئة: خلاف التعزية.

«**أو أمَّن على الدعاء**» أمّن: إذا قال عند الدعاء: آمين، وقد تقدم الكلام على معنى «**آمين**» والله أعلم.

---

(١) على قوله: «ولم يسقط نفيه» شمل كلامه مسألتين إحداهما أن يكون قائل ذلك حديث عهد بالإسلام أو من أهل البادية فيقبل قوله بلا نزاع. الثانية أن يكون قائل ذلك عامياً فلا يقبل على الصحيح من المذهب. المبدع (٧/٦٢).

(٢) على قوله: «وإن أخره لحبس أو مرض أو غيبة أو شيء يمنعه ذلك لم يسقط» هذا المذهب مطلقاً وفصل المصنف. المبدع (٧/٦٢).

(٣) على قوله: «إن لم تكن محصنة» هذا المذهب. انظر/ الإنصاف (٩/٢٦٥).

(٤) قوله: «من أتت امرأته بولد إلخ» هذا المذهب مطلقاً وعليه جماهير الأصحاب فيلحقه نسبه ما لم ينفه بلعان لقوله ﷺ الولد للفراش ولأنه يمكن كونه منه لقوله ﷺ واضربوهم عليها لعشر وفرقوا بينهم في المضاجع وعلى هذا لا يصير بالغاً ولا يتقرر به مهر ولا تثبت به عدة ولا رجعة. ونقل حرب فيمن طلق قبل الدخول وأتت بولد فأنكره ينتفي بلا لعان فأخذ الشيخ تقي الدين من هذه الرواية أن الزوجة لا تصير فراشاً إلا بالدخول واختاره هو وغيره من المتأخرين منهم والد الشيخ تقي الدين قاله ابن نصر الله. وقال في الانتصار لا يلحق بمطلق إن اتفقا أنه لم يمسها. ونقل مهنا لا يلحق الولد حتى يوجد الدخول. المبدع (٧/٦٣).

(٥) قوله: «أو لأكثر من أربع سنين» هذا بلا نزاع. المبدع (٧/٦٤).

على قوله: «من أتت امرأته بولد يمكن كونه منه» ولو مع غيبته عشرين سنة ذكره في المغني وعليه نصوص أحمد، والمراد ويخفي سيره، وإلا فالخلاف على ما ذكره في الترغيب، ولا ينقطع الإمكان عنه بالحيض. المبدع (٧/٦٣).

بالقروء[1] ثم أتت به لأكثر من ستة أشهر بعدها أو فارقها حاملا فوضعت ثم أتت بآخر بعد ستة أشهر أو مع العلم بأنه لم يجتمع بها[2] كالتي يتزوجها بمحضر

---

(١) قوله: «أو أقرت بانقضاء إلخ» وهذا المذهب وعليه الأصحاب، وذكر بعضهم قولا إن أقرت لفراغ العدة أو الاستبراء من عتق ثم ولدت بعده فوق نصف سنة لحقه نسبه، وقال ناظم المفردات:

إمكان وطء في لحوق النسب	فعندنا معتبر في المذهب
كامرأة تكون في شيراز	وزوجها يقيم بالحجاز
فإن تلد لستة من أشهر	من يوم عقد واضحاً في النظر
فمدة الحمل مع المسير	لا بد أن تمضي في التقدير
إن مضتا به غدا ملتحقا	ومالك والشافعي وافقا
وعندنا في صورتين حققوا	والمدتان إن مضت لا يلحق
من كان كالقاضي وكالسلطان	وسيره لا يخفي عن عيان
أو غاصب صد عن اجتماع	ونحوه فامنع ولا تراع

انظر/ الإنصاف ٩/٢٦٧.

(٢) قوله: «أو مع العلم إلخ» أي كمشرقي يتزوج بمغربية ثم مضت سنة أشهر وأتت بولد لم يلحقه وبذلك قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة يلحقه نسبه لأن الولد إنما يلحقه بالعقد ومدة الحمل ألا ترى أنكم قلتم إذا مضى زمن الإمكان لحق الولد وإن علم أنه لم يحصل وطء. ولنا أنه لم يحصل إمكان الوطء في هذا العقد فلم يلحق به الولد كزوجة الطفل أو كما لو ولدته لدون ستة أشهر. الشرح الكبير (٥/٣١).

[تنبيهان] أحدهما مفهم قوله أو تزوجها وبينهما مسافة الخ أنه لو أمكن وصوله إليها في المدة التي أتت بالولد فيها لحقه نسبه وهذا المذهب مطلقاً وعليه جماهير الأصحاب وقال في التعليق والوسيلة والانتصار ولو أمكن ولا يخفي السير كأمير وتاجر كبير ونقل ابن منصور إن علم أنه لا يصل مثله لم يقض بالفراش. الإنصاف (٩/٢٦٧-٢٦٨).

(الثاني) مفهوم قوله أو يكون صبياً الخ أن ابن عشر سنين يولد لمثله ويلحقه نسبه وهو صحيح وهو المذهب وعليه أكثر الأصحاب وقيل لا يولد إلا لابن اثني عشرة سنة واختار أبو بكر وأبو الخطاب لا يلحقه نسبه حتى يعلم بلوغه وهو ظاهر ما جزم به في المنور، فعلى الأول لا يحكم ببلوغه إن شك فيه به ولا يستقر به مهر ولا يثبت به=

الحاكم ثم يطلقها في المجلس أو يتزوجها وبينهما مسافة لا يصل إليها في المدة التي أتت بالولد فيها أو يكون صبياً له دون عشر سنين أو مقطوع الذكر والأنثيين[1] لم يلحقه نسبه وإن قطع أحدهما فقال أصحابنا يلحقه نسبه وفيه بعد[2] وإن طلقها طلاقاً رجعياً ولدت لأكثر من أربع سنين منذ طلقها ولأقل من أربع منذ انقضت عدتها فهل يلحقه نسبه؟ على وجهين[3].

= عدة ولا رجعة قال في الفروع ويتوجه فيه قول كثبوت الأحكام بصوم يوم الغيم. الإنصاف (٩/٢٦٨).

(١) قوله: «أو مقطوع الذكر إلخ» هذا المذهب وهو قول عامة أهل العلم لأنه يستحيل منه الإيلاج والإنزال. ونقل ابن هانئ فيمن قطع ذكره وأنثياه قال إن دفق فقد يكون الولد من الماء. انظر/ الإنصاف (٩/٢٦٩).

(٢) قوله: «وإن قطع أحدهما إلخ» فيه مسألتان إحداهما أن يكون خصياً بأن تقطع أنثياه فقال أكثر الأصحاب يلحقه نسبه وهو ظاهر كلامه في الوجيز وجزم به ابن عبدوس، وقيل لا يلحقه نسبه وقطع به في الشرح وهو عجيب منه إلا أن تكون النسخة مغلوطة وقدمه في الفروع وجزم به في المحرر والحاوي والنظم. الثانية أن يكون مجبوباً بأن يقطع ذكره وتبقى أنثياه فقال جماهير الأصحاب يلحقه نسبه وهو المذهب وقيل لا يلحقه نسبه اختاره المصنف وجزم به في المحرر والحاوي والنظم لأن من قطعت أنثياه لا مني له والولد لا يوجد إلا من مني. المبدع (٧/٦٦)، الإنصاف (٩/٢٦٩-٢٧٠).

[فائدة] قال في الموجز والتبصرة لو كان عنينا لم يلحقه نسبه انتهى والصحيح من المذهب أنه يلحقه وهو ظاهر كلام أكثر الأصحاب. انظر/ الإنصاف (٩/٢٧٠).

(٣) قوله: «وإن طلقها طلاقاً إلخ» وهما روايتان: أحدهما: يلحقه نسبه وهو المذهب لأنها في حكم الزوجات في السكنى والنفقة والطلاق أشبه ما قبل الطلاق.

والثاني: لا يلحقه لأنها علقت به بعد طلاق فأشبهت البائن. المبدع (٧/٦٦).

[فائدة] إذا غاب عن زوجته سنين فبلغها وفاته فاعتدت ونكحت نكاحاً صحيحاً في الظاهر ودخل بها الثاني وأولدها أولاداً ثم قدم الأول فسخ نكاح الثاني وردت إلى الأول وتعتد من الثاني ولا عليه صداق مثلها والأولاد له لأنهم ولدوا على فراشه روى ذلك عن علي وبه قال الثوري وأهل العراق وابن أبي ليلى ومالك وأهل الحجاز والشافعي وإسحاق وغيرهم من أهل العلم وأبو يوسف، إلا أبا حنيفة قال: الولد للأول. الشرح الكبير (٥/٣٣).

على قوله: «منذ طلقها» يعني وقبل انقضاء عدتها صرح به في المستوعب وهو مراد غيره. المبدع (٧/٦٦).

فصل

ومن اعترف بوطء أمته في الفرج أو دونه فأتت بولد لستة أشهر لحقه نسبه وإن ادعى العزل إلا أن يدعي الاستبراء[1] وهل يحلف؟ على وجهين. فإن أعتقها أو باعها بعد اعترافه بوطئها فأتت بولد لدون ستة أشهر فهو ولده، والبيع باطل[2]. وكذلك إن لم يستبرئها فأتت به لأكثر من ستة أشهر فادعى المشتري أنه منه سواء ادعاه البائع أو لم يدعه[3]. وإن استبرئت ثم أتت بولد لأكثر من ستة أشهر لم يلحقه نسبه[4] وكذلك إن لم يستبرئ ولم يقر المشتري له به فأما إن لم يكن

---

(١) قوله: «ومن اعترف بوطء أمته إلخ» متى اعترف بوطء أمته في الفرج فأتت بولد لستة أشهر لحقه نسبه نقله الجماعة عن أحمد مطلقاً فلا ينتفي بلعان ولا غيره لحديث عائشة في ابن زمعة ولقول عمر لا تأتيني وليدة يعترف سيدها أنه ألم بها إلا ألحقت به ولدها فانزلوا بعد ذلك أو اتركوا. ورواه الشافعي عن مالك عن ابن شهاب عن سالم بن عبد الله عن أبيه عن عمر، وبه قال مالك والشافعي. وقال أبو حنيفة لا تصير فراشا حتى يقر بولدها فإذا أقر به صارت فراشاً ولحقه أولاده بعد ذلك لأنها لو صارت فراشاً بالوطء لصارت فراشاً بإباحته كالزوجة، وجوابه لأن الملك لا يتعلق به تحريم المصاهرة ولا ينعقد في محل يحرم الوطء فيه كالمجوسية وذوات محارمه، وأما إذا اعترف بوطئها دون الفرج فالصحيح من المذهب أنه كالاعتراف بالوطء في الفرج وعليه جماهير الأصحاب ونص عليه وقيل ليس كوطئه في الفرج وقدمه في المغنى والشرح، وإن وطئها في الدبر لم تصر فراشاً في الأشهر لأنه ليس بمنصوص عليه ولا في معناه. الشرح الكبير (٥/٣٤).

على قوله: «وهل يحلف على وجهين» يعني إذا ادعى الاستبراء أحدهما يحلف وهو المذهب للخبر. المبدع (٧/٦٦).

(٢) قوله: «فإن أعتقها إلخ» فهو ولد بلا نزاع، والبيع باطل لأنها صارت أم ولد. المبدع (٧/٦٨).

(٣) قوله: «وكذا إن لم إلخ» وهذا بلا نزاع، لكن لو ادعاه المشتري فقيل يلحقه جزم به في المغني والشرح، وقيل يرى القافة نقله صالح وحنبل، قال في الإنصاف وهو الصواب، وجزم به في المحرر والرعايتين وغيرهم. المبدع (٧/٦٨).

على قوله: «فادعى المشتري أنه منه» أي من البائع سواء ادعاه البائع أو لم يدعه. المبدع (٧/٦٨).

(٤) قوله: «وإن استبرئت إلخ» هذا بلا نزاع لأن الاستبراء يدل على براءتها من الحمل وقد أمكن أن يكون من غيره لوجود مدة الحمل بعد الاستبراء وكذا إن لم تستبرأ ولم يقر المشتري به لأنه ولد أمة المشتري فلا تقبل دعوى غيره له. انظر/ المبدع (٧/٦٩).

البائع أقر بوطئها قبل بيعها لم يلحقه الولد بحال[1] إلا أن يتفقا عليه فيلحقه نسبه، وإن ادعاه البائع فلم يصدقه المشتري[2]، ويحتمل أن يلحقه نسبه مع كونه عبدًا للمشتري وإذا وطئ المجنون من لا ملك له عليها ولا شبهة ملك فولدت منه لم يلحقه نسبه[3]. والله أعلم.

كتاب العدد[4]

كل امرأة فارقها زوجها في الحياة قبل المسيس والخلوة فلا عدة عليها[5] وإن خلا بها وهي مطاوعة فعليها العـــدة[6] سواء كان بهما أو بأحدهما مانع من

---

(١) قوله: «فأما إن لم يكن البائع إلخ» وهذا المذهب سواء ولدته لستة أشهر أو لأقل منها لأنه يحتمل أن يكون من غيره إلا إذا اتفقا على أن الولد ابن للبائع لأن الحق لهما يثبت باتفاقهما. المبدع (٧/٦٩).

(٢) قوله: «وإن ادعاه البائع إلخ» وهو المذهب، ولا يقبل قول البائع في الإيلاد لأن الملك انتقل إلى المشترى في الظاهر. المبدع (٧/٦٩).

(٣) قوله: «وإذا وطئ المجنون إلخ» أي لا يستند إلى ملك ولا اعتقاد إباحة، وعليه مهر المثل إن أكرهها على الوطء، لأن الضمان يستوي فيه المكلف وغيره. المبدع (٧/٦٩-٧٠).

(٤) الأصل في وجوبها قبل الإجماع قوله: ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ﴾ الآية، وقوله: ﴿ وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ ﴾ الآية، وقوله: ﴿ وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا ﴾ الآية والأحاديث شهيرة في ذلك. المبدع (٧/٧١).

(٥) قوله: «كل امرأة إلخ» هذا بالإجماع لقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات) الآية، وكذا إن كان بعدها والزوج ممن لا يولد لمثله. المبدع (٧/٧١).

(٦) قوله: «وإن خلا بها وهي مطاوعة إلخ» هذا المذهب مطلقاً بشرطه الآتي فإذا خلا بها ولم يصبها ثم طلقها فإن العدة تجب عليها، روى ذلك عن الخلفاء الراشدين وزيد وابن عمر وبه قال عروة وعلي بن الحسين وعطاء والزهري والثوري والأوزاعي وإسحاق وأصحاب الرأي والشافعي في القديم وقال في الجديد لا عدة عليها لقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات) الآية وهذا نص، ولأنها مطلقة لم تمس فأشبهت من لم يخل بها. ولنا إجماع الصحابة فروى أحمد والأثرم عن زرارة بن أوفى قال قضى الخلفاء الراشدون أن من أرخى ستراً أو أغلق باباً فقد وجب المهر ووجبت العدة، ورواه أحمد عن عمر وعلي وعن سعيد بن المسيب عن عمر وزيد بن ثابت. وهذه قضايا اشتهرت ولم تنكر فكانت إجماعاً وضعف أحمد ما روى في خلاف ذلك، وقد ذكرنا الخلاف في ذلك في الصداق، وعنه لا عدة بخلوة مع وجود مانع شرعي كالإحرام والصيام والحيض والنفاس والظهار والإيلاء والاعتكاف. =

الوطء كالإحرام والصيام والحيض والنفاس والمرض والجب والعنة أو لم يكن إلا أن لا يعلم بها كالأعمى والطفل فلا عدة عليها(1). والمعتدات على ستة أضرب إحداهن أولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن، حرائر كن أو إماء من فرقة الحياة أو الممات(2). والحمل الذي تنقضي به العدة ما تبين فيه شيء من خلق

كتاب العدد

العِدد: جمع عِدَّة بكسر العين فيهما، وهي: ما تعدُّه المرأة من أيام أقرائها، وأيام حملها، أو أربعة أشهر وعشر ليال للمتوفى عنها، قال ابن فارس، والجوهري: عدة المرأة: أيام أقرائها، والمرأة معتدة (3).

«**قبل المسيس**» المسيس: اللمس. قاله الجوهري. وأصل اللمس: باليد ثم استعير للجماع، لأنه مستلزم للمس غالباً، وكذا استعير للأخذ، والضرب، والجنون.

=[تنبيه] ظاهر كلام المصنف أنه سواء كان النكاح صحيحاً أو فاسداً، وهو المذهب وعليه أكثر الأصحاب ونص عليه، وقال ابن حامد: لا عدة بالخلوة في النكاح الفاسد بل الوطء كالنكاح الباطل إجماعاً، وعند ابن حامد أيضًا لا عدة بالموت في النكاح الفاسد.

[فائدة] لا عدة بتحمل المرأة ماء الرجل ولا بالقبلة ولا باللمس من غير خلوة على الصحيح من المذهب.

(1) قوله: «إلا أن لا يعلم بها إلخ» وكذا لو كانت طفلة. وضابطه أن يكون الطفل لا يولد له والطفلة لا يوطأ مثلها.

(2) على قوله: «حرائر كن أو إماء من فرقة الحياة أو الممات» وسواء كانت مسلمة أو كافرة وسواء فارقها زوجها بطلان أو فسخ أو وفاة وهذا إجماع أهل العلم إلا أنه روى عن علي وابن عباس من وجه منقطع أنها تعتد بأطول الأجلين وروى عن ابن عباس أنه رجع إلى قول الجماعة ولأن آية الحمل متأخرة عن آية الأشهر قال ابن مسعود: من شاء باهلته أو لاعنته أن الآية التي في سورة النساء القصرى. ﴿ وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ نزلت بعد آية البقرة: ﴿ وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا ﴾ الآية، والخاص مقدم على العام، ولحديث أبي السنابل حين قال ذلك فرد عليه النبي ﷺ الشرح الكبير(٥/٣٨).المبدع(٧/٧٣).

(3) انظر لسان العرب(٤/٢٨٣٤).(عدد).

الإنسان[1] فإن وضعت مضغة لا يتبين فيها شيء من ذلك فذكر ثقات من النساء أنه مبتدأ خلق آدمي فهل تنقضي العدة؟ على روايتين[2]. وإن أتت بولد لا يلحقه نسبه كامرأة الطفل لم تنقض عدتها به[3] وعنه تنقضي به وفيه بعد. وأقل مدة الحمل ستة أشهر وغالبها تسعة[4] وأكثرها أربع سنين[5] وعنه سنتان.

---

(١) قوله: «ما يتبين فيه شيء إلخ» أي كالرأس واليد والرجل فتنقضي به العدة إجماعًا لأنه حمل فيدخل في عموم النص وإن ألقت مضغة لا يتبين فيها شيء من الخلقة فشهد ثقات من القوابل أن فيه صورة خفية بان بها أنها خلقة آدمي فكذلك. المبدع (٧/ ٧٣).

(٢) قوله: «وإن وضعت مضغة إلخ» هذا هو القسم الثالث أحدهما لا تنقضي به العدة وهو المذهب لأنه لم يتبين فيه خلق آدمي أشبه الدم وإن ألقت نطفة أو دمًا لا تدري هل هو ما يخلق منه آدمي أو لا فهذا لا يتعلق به شيء من الأحكام، وإن وضعت صورة لا مضغة فيها ولم يشهد القوابل أنه مبتدأ خلق آدمي لم تنقض، ولا تنقضي بما قبل المضغة لا نعلم فيه خلافًا إلا الحسن. الشرح الكبير (٣٩/٧).

(٣) قوله: «وإن أتت بولد لا يلحقه إلخ» وكذا المجبوب أو أتت به بعد أربع سنين منذ مات أو بانت منه بطلاق أو فسخ أو انقضاء عدتها إن كانت رجعية لم يلحقه ولدها لأنه يعلم أنها علقت به بعد زوال النكاح وصارت أجنبية فعلى هذا لا تنقضي به العدة وهو المذهب وعليه الأصحاب ونص عليه لأنه حمل ليس منه يقينًا فلم تعتد بوضعه كما لو ظهر بعد موته. المبدع (٧٤/٧).

(٤) قوله: «وأقل مدة الحمل إلخ» هذا المذهب وبه قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي، لما روى الأثرم والبيهقي عن أبي الأسود أنه رفع إلى عمر أن امرأة ولدت لستة اشهر فهم عمر برجمها فقال له علي: ليس لك ذلك، قال الله تعالى: ﴿ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾ وقال: ﴿ وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا ﴾ فحولان وستة أشهر ثلاثون شهرًا لا رجم عليها فخلى عمر سبيلها، وقال ابن عباس كذلك، رواه البيهقي. الشرح الكبير (٤١/٥).

(٥) قوله: «وأكثرها أربع سنين» هذا المذهب وبه قال الشافعي وهو المشهور عن مالك لأن ما لا نص فيه يرجع إلى الوجود وقد وجد أربع سنين فروى الدارقطني عن الوليد ابن مسلم قلت لمالك بن أنس عن حديث عائشة لا تزيد المرأة في حملها على سنتين فقال: سبحان الله من يقول هذا؟ هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان امرأة صدق وزوجها رجل صدق حملت ثلاثة أبطن في اثنتي عشرة سنة وقال الشافعي: بقي محمد ابن عجلان في بطن أمه أربع سنين. وعنه سنتان روى عن عائشة وهو مذهب الثوري وأبي حنيفة لما روى الدارقطني بإسناد جيد عن جميلة بنت سعيد قالت قالت عائشة لا تزيد المرأة في الحمل على سنتين رواه سعيد والبيهقي، وقد أنكره مالك. إذا ثبت=

وأقل ما يتبين به الولد أحد وثمانون يومًا[1].

فصل

الثاني المتوفى عنها زوجها عدتها أربعة أشهر وعشر إن كانت حرة وشهران وخمسة أيام إن كانت أمة، وسواء ما قبل الدخول وبعده[2] فإن مات زوج الرجعية استأنفت عدة الوفاة من حين موته وسقطت عدة الطلاق[3] وإن طلقها في الصحة طلاقاً بائناً ثم مات في عدتها لم ينتقل عن عدتها[4] وإن كان الطلاق

= هذا فإن المرأة إذا ولدت لأربع سنين فما دون من يوم مات الزوج أو طلاقه و لم تكن تزوجت ولا وطئت ولا انقضت عدتها بالقرء ولا بوضع الحمل فإن الولد لاحق بالزوج وعدتها تنقضي به. الشرح الكبير (٥/٤١-٤٢).

(١) قوله: «وأقل ما يتبين إلخ» هذا المذهب وهو أقل ما تنقضي به العدة في الحمل وهو أن تضعه بعد ثمانين يومًا منذ أمكن وطئها لحديث ابن مسعود مرفوعًا «أن أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يومًا نطفة ثم يكون علقة مثل ذلك ثم يكون مضغة مثل ذلك» ولا شك أن العدة لا تنقضي بما دون المضغة فوجب أن يكون بعد الثمانين، فأما بعد أربعة أشهر فليس فيه إشكال. المبدع (٧/٥٧).

(٢) قوله: «عدتها أربعة أشهر وعشر إلخ» أي إن لم تكن حاملاً وذلك بالإجماع لقوله تعالى ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ﴾ الآية، ولقوله ﷺ «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشرًا» متفق عليه، وسواء كانت بالغة أو غير بالغة، ولا يعتبر وجود الحيض في عدة الوفاة في قول عامتهم، فأما الأمة فعدتها شهران وخمسة أيام وهو المذهب وهو قول عامة أهل العلم إلا ابن سيرين فإنه قال ما أرى عدة الأَمة إلا كعدة الحرة إلا أن تكون قد مضت في ذلك سنة فإن السنة أحق أن تتبع فأخذ بظاهر اللفظ. ولنا اتفاق الصحابة على أن عدة الأَمة المطلقة على النصف من عدة الحرة فكذلك عدة الوفاة. الشرح الكبير (٧/٤٢).

[فائدة] من نصفها حر عدتها ثلاثة أشهر وثمانية أيام.

(٣) قلوه «فإن مات زوج الرجعية إلخ» هذا المذهب ولا خلاف فيه قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم لأن الرجعية زوجة يلحقها الطلاق وغيره. المبدع (٧/٧٦).

[فائدتان] لو قتل المرتد في عدة امرأته فإنها تستأنف عدة الوفاة نص عليه لأنه كان يمكنه تلافي النكاح بالإسلام بناء على أن الفسخ يقف عند انقضاء العدة.

(الثانية) لو أسلمت امرأة كافر ثم مات قبل انقضاء العدة فإنها تنتقل إلى عدة الوفاة في قياس التي قبلها ذكره الشيخ تقي الدين. الإنصاف (٩/٢٨٥).

(٤) قوله «وإن طلقها في الصحة إلخ» هذا بلا نزاع ، وهذا قول مالك والشافعي وأبي=

في مرض موته اعتدت أطول الأجلين من عدة الطلاق وعدة الوفاة[1] وإن ارتابت المتوفى عنها لظهور أمارات الحمل من الحركة وانتفاخ البطن وانقطاع الحيض قبل أن تنكح لم تزل في عدة حتى تزول الريبة[2] وإن تزوجت قبل زوالها لم يصح النكاح[3] وإن ظهر بها ذلك بعد نكاحها لم يفسد

((**وإن ارتابت**)) أي: حصل لها ريب، وهو الشك. يقال: رابني الشيء: إذا رأيت منه ريبة، وهي التهمة، وهذيل تقول: أرابني.

((**وانتفاخ البطن**)) بالخاء المعجمة: ارتفاعه، ويقال: أخذته نفخة، مثلث النون: إذا انتفخ بطنه، ويجوز انتفاج البطن بالجيم، من قولهم: انتفج جانبا البعير: إذا ارتفعا، ونفج ثديُ المرأة قميصها: إذا رفعه.

= عبيد وابن المنذر، وقال الثوري وأبو جنيفة عليها أطول الأجلين ولنا قوله تعالى ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾ ولأنها أجنبية منه في نكاحه وميراثه وغير ذلك. الشرح الكبيرة (٤٣/٥)

(١) قوله ((وإن كان الطلاق في مرض موته إلخ)) وهذا المذهب وبه قال الثوري وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن، وقال مالك والشافعي وأبو عبيد وابن المنذر تبني على عدة الطلاق لأنه مات وليست زوجة له لأنها بائن من النكاح فلا تكون منكوحة. وعن أحمد مثل ذلك. ووجه الأولى أنها وارثة فتجب عليها عدة الوفاة كالرجعية. الشرح الكبير (٥/ ٤٣-٤٤).

[تنبيه] محلِ الخلاف إذا كانت ترثه، فأما الأمة والذمية فلا يلزمها غير عدة الطلاق قولاً واحداً. الإنصاف (٢٨٦/٩).

[فائدة] لو مات بعد انقضاء عدة الرجعية أو بعد انقضاء عدة البائن فلا عدة عليهما للوفاة على الصحيح من المذهب مطلقاً، وعنه تعتد للوفاة إن ورثت منه اختارها جماعة من الأصحاب. الإنصاف (٢٨٦/٩).

(٢) قوله: ((وإن ارتابت إلخ)) هذا بلا نزاع فيبقى في حكم الاعتداد إلى أن تزول الريبة فإن بان حملاً انقضت عدتها بوضعه فإن زالت وبان أنه ليس بحمل تبينا أن عدتها انقضت بالشهور أو الأقراء إن كان فارقها في الحياة. المبدع (٧٧/٧).

(٣) قوله ((وإن تزوجت إلخ)) وهذا المذهب لأنها تزوجت وهي في حكم المعتدات، وقيل يصح إذا كان بعد انقضاء العدة. المبدع (٧٧/٧-٧٨).

به[1] لكن إن أتت بولد لأقل من ستة أشهر منذ نكحها فهو باطل وإلا فلا، وإذا مات عن امرأة نكاحها فاسد فقال القاضي عليها عدة الوفاة نص عليه[2] وقال ابن حامد لا عدة عليها للوفاة في ذلك، فإن كان النكاح مجمعاً على بطلانه لم تعتد للوفاة من أجله وجها واحداً.

فصل

الثالث ذات القرء التي فارقها في الحياة بعد دخوله وعدتها ثلاثة قروء[3] إن

---

(١) قوله «وإن ظهر بها بعد نكاحها إلخ» أي لأنه وجد بعد انقضاء العدة ظاهراً والحمل مع الريبة مشكوك فيه فلا يزول ما حكمنا بصحته، فإن كان النكاح بعد الدخول لم يفسد النكاح قولا واحداً لكن لا يحل لزوجها وطؤها حتى تزول الريبة وإن كان قبل الدخول وبعد العقد لم يفسد على الصحيح من المذهب إلا أن تأتي لدون ستة أشهر. المبدع (٧/٧٨).

[فائدة] ظاهر كلامه أنها لو ظهرت بها أمارات الحمل قبل نكاحها وبعد شهور العدة أن نكاحها فاسد وهو أحد الوجهين وهو ظاهر الوجيز وقدمه ابن رزين في شرحه والمجد في شرحه. والثاني يحل لها النكاح لأنا حكمنا بانقضاء العدة وحل النكاح وسقوط النفقة والسكنى فعلى المذهب في التي قبلها. والوجه الثاني في هذه المسألة لو ولدت بعد العقد لدون ستة أشهر تبينا فساد العقد فيهما. الإنصاف (٩/٢٨٨).

(٢) قوله «وإذا مات عن امرأة إلخ» قد تقدم الكلام عليها في أول الباب.

على قوله « وإذا مات عن امرأة نكاحها فاسد» كالنكاح المختلف فيه.

على قوله « وقال ابن حامد لا عدة عليها للوفاة» وهو مذهب الشافعي.

(٣) قوله «فصل: الثالث ذات القروء التي فارقها زوجها في الحياة فعدتها ثلاثة قروء» يعني سواء كانت مطلقة أو مختلعة وهذا المذهب قلت والصحيح أن المختلعة تعتد بحيضة كما ثبت في صحيح البخاري عن ابن عباس «أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي ﷺ فقالت يا رسول الله ثابت بن قيس ما أعيب عليه في خلق ولا دين إلخ»، وفي سنن النسائي عن الربيع بنت معوذ أن ثابت بن قيس بن شماس ضرب امرأته فكسر يدها وهي جميلة بنت عبد الله بن أبي فأتى أخوها يشتكيه إلى رسول الله ﷺ، فأرسل إليه فقال: خذ الذي لها عليك وخل سبيلها، قال: نعم، فأمرها رسول الله ﷺ أن تعتد بحيضة. المبدع (٧/٧٩).

قال ابن القيم رحمه الله: وفي أمره ﷺ المختلعة أن تعتد بحيضة دليل على أنه لا يجب عليها ثلاث حيض بل يكفيها حيضة واحدة وهذا كما أنه صريح السنة فهو مذهب أمير المؤمنين عثمان بن عفان وعبد الله بن عمر والربيع بنت معوذ وعمها وهو من كبار الصحابة، فهؤلاء الأربعة من الصحابة لا يعرف لهم مخالف منهم كما رواه الليث=

كـــانت حرة ، وقرآن إن كـــانت أمة[1]، والقرء الحيـــض في أصـــح

= ابن سعد عن نافع مولى ابن عمر أنه سمع ربيع بنت معوذ بن عفراء وهي تخبر عبد الله بن عمر أنها اختلعت من زوجها على عهد عثمان فجاء عمها إلى عثمان فقال: إن ابنة معوذ اختلعت من زوجها اليوم أفتنتقل؟، فقال عثمان: لتنتقل ولا ميراث بينهما ولا عدة عليها، إلا أنها لا تنكح حتى تحيض حيضة خشية أن يكون بها حبل، فقال عبد الله بن عمر فعثمان خيرنا وأعلمنا وذهب إلى هذا المذهب إسحاق بن راهويه والإمام أحمد في رواية عنه اختارها شيخ الإسلام بن تيمية قال: من نصر هذا القول هو مقتضى قواعد الشريعة فإن العدة إنما جعلت ثلاث حيض ليطول زمن الرجعة فيتروى الزوج ويتمكن الزوج من الرجعة في مدة العدة، فإذا لم يكن عليها رجعة فالمقصود مجرد براءة رحمها من الحمل وذلك يكفي فيه حيضة كالاستبراء قالوا: ولا ينتقضوا هذا بالمطلقة ثلاثًا جعل حكم العدة فيه واحدًا بائنة ورجعية، قالوا: وهذا دليل على أن الخلع فسخ وليس بطلاق، وهو مذهب ابن عباس وعثمان وابن عمر والربيع وعمها، ولا يصح عن صحابي أنه طلاق البتة فروى الإمام أحمد عن يحيى بن سعيد عن سفيان عن عمرو عن طاوس عن ابن عباس أنه قال: الخلع تفريق وليس بطلاق، وذكر عبد الرزاق عن سفيان عن عمرو عن طاوس أن إبراهيم بن سعيد سأله عن رجل طلق امرأته تطليقتين ثم اختلعت منه أينكحها؟ قال ابن عباس: نعم ذكر الله الطلاق في أول الآية وآخرها والخلع بين ذلك إلى أن قال ثم من نظر إلى حقائق العقود ومقاصدها دون ألفاظها بعد الخلع فسخا بأي لفظ كان حتى بلفظ الطلاق وهذا أحد الوجهين لأصحاب أحمد، وهو اختيار شيخنا قال: وهذا ظاهر كلام أحمد وكلام ابن عباس وأصحابه، قال ابن جريج أخبرني عمرو بن دينار أنه سمع عكرمة مولى ابن عباس يقول: ما أجازه المال فليس بطلاق قال عبد الله بن أحمد: رأيت أبي يذهب إلى قول ابن عباس، وقال عمرو عن طاوس عن ابن عباس الخلع تفريق وليس بطلاق. انتهى ملخصًا من الهدي. انظر حاشية ابن القيم (٦/٢٢٤).

(١) قوله «فعدتها ثلاثة قروء إلخ» وهذا المذهب، فأما الحرة من ذوات القروء فعدتها ثلاثة قروء بغير خلاف لقول الله تعالى: ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾ وأما الأمة فعدتها بالقروء قرآن وهو المذهب وعليه الأصحاب وهو قول أكثر أهل العلم منهم عمر وعلى وابن عمر وسعيد بن المسيب وعطاء وعبيد الله بن عقبة والقاسم وسالم والزهري وقتادة ومالك والثوري والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي. وعن ابن سيرين عدتها عدة الحرة إلا أن يكون قد مضت بذلك سنة وهو قول داود لظاهر الآية. ولنا ما روت عائشة أن النبي ﷺ قال: «طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان» رواه أبو داود والترمذي وقال حديث غريب لا نعرفه مرفوعاً إلا من رواية مظاهر بن أسلم ولا يعرف له في العلم غير هذا الحديث، وعن ابن عمر نحوه رواه ابن ماجه والدارقطني من رواية عطية وهو ضعيف، وقال عمر: لو استطعت أن أجعل العدة حيضة ونصفاً لفعلت رواه البيهقي. الشرح الكبير (٥/٤٦).

الروايتين[1] ولا تعتد بالحيضة التي طلقها فيها حتى تأتي بثلاث كاملة بعدها[2] فإذا انقطع دمها من الثالثة حلت في إحدى الروايتين[3] وأخرى لا تحل حتى تغتسل.

---

(١) قوله «والقرء الحيض إلخ» القرء في كلام العرب يقع على الحيض والطهر فهو من الأسماء المشتركة، قال الخليل بن أحمد يقال أقرأت المرأة إذا دنا حيضها وأقرأت إذا دنا طهرها واختلف أهل العلم في المراد بقوله تعالى ﴿ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾ واختلفت الرواية عن أحمد فعنه أنها الحيض وهو المذهب روي ذلك عن عمر وعلي وابن عباس وسعيد بن المسيب والثوري والأوزاعي والعنبري وإسحاق وأبي عبيد وأصحاب الرأي، وروي أيضاً عن أبي بكر الصديق وعثمان بن عفان وأبي موسى وعبادة بن الصامت وأبي الدرداء. وقال القاضي: الصحيح عن أحمد أن الأقراء الحيض وإليه ذهب أصحابنا ورجع عن قوله بالأطهار فقال في رواية النيسابوري كنت أقول إنه الأطهار وأنا أذهب اليوم إلى أن الأقراء الحيض، وقال في رواية الأثرم كنت أقول الأطهار ثم وقفت لقول الأكابر. وعنه القرء الأطهار، وهو قول زيد وابن عمر وعائشة وسليمان بن يسار والقاسم وسالم وعمر بن عبد العزيز والزهري ومالك والشافعي وأبي ثور وقال أبو بكر بن عبد الرحمن ما أدركت أحداً من فقهائنا إلا وهو يقول ذلك، قال ابن عبد البر رجع أحمد إلى أن القروء الأطهار واحتج من قال ذلك بقول الله تعالى: ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ أي في عدتهن كقوله تعالى ﴿ وَنَضَعُ ٱلْمَوَٰزِينَ ٱلْقِسْطَ لِيَوْمِ ٱلْقِيَٰمَةِ ﴾ أي في يوم القيامة وإنما أمر بالطلاق في الطهر لا في الحيض ويدل عليه قوله ﷺ في حديث ابن عمر فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر إلخ متفق عليه ووجه الأولى قوله تعالى ﴿ وَٱلَّٰٓـِٔى يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ ﴾ الآية فنقلهن عند عدم الحيض إلى اعتداد بالأشهر فيدل على أن الأصل الحيض كما قال تعالى ﴿ فَلَمْ تَجِدُوا۟ مَآءً ﴾ الآية ولأن المعهود في لسان الشارع استعمال القروء بمعنى الحيض فقال ﷺ «تدع الصلاة أيام أقرائها» رواه أبو داود وقال لفاطمة بنت أبي حبيش «انظري فإذا أتى قرؤك فلا تصلي وإذا مر قرؤك فتطهري ثم صلي ما بين القرء إلى القرء» رواه النسائي، ولم يعهد في لسانه استعماله بمعنى الطهر فوجب أن يحمل كلامه على المعهود في لسانه، وقال ﷺ في الأمة «وقرؤها حيضتان» ولأن ظاهر قوله ﴿ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾ وجوب التربص ثلاثة كاملة ومن جعل القرء الأطهار لم يوجب ثلاثة بل يكتفي بطهرين وبعض الثالث فيخالف ظاهر النص. انظر الشرح الكبير (٥/٤٦-٤٨) المبدع (٧/٨٠).

(٢) قوله «ولا تعتد بالحيضة إلخ» لا نعلم في ذلك خلافاً ورواه البيهقي بإسناد رجاله ثقات عن ابن عمر ولأن الطلاق في الحيض إنما حرم لأجل تطويل العدة فلو اعتدت بالحيضة التي طلقت فيها لكانت العدة حينئذ أقصر. المبدع (٧/٨٠).

(٣) قوله «وإذا انقطع دمها إلخ» الرواية الأولى اختارها أبو الخطاب وابن عبدوس، قال في مسبوك الذهب وهو الصحيح، وهو قول سعيد بن جبير والأوزاعي والشافعي في القديم لقوله تعالى ﴿ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾ وقد كملت القروء لوجوب الغسل عليها والصلاة وفعل الصيام وصحته فيها ولأنه لم يبق حكم العدة في الميراث=

والرواية الثانية القروء الأطهار، ويعتد بالطهر الذي طلقها فيه قرءاً ثم إذا طعنت في الحيضة الثالثة حلت.

فصل

الرابع: اللائي يئسن من المحيض واللائي لم يحضن فعدتهن ثلاثة أشهر إن كن حرائر[1] وإن كن إماء فشهران[2] وعنه ثلاثة، وعنه شهر ونصف. وعدة أم الولد

= ووقوع الطلاق بها واللعان والنفقة فكذلك ما نحن فيه والرواية الثانية لا تحل للأزواج حتى تغتسل وهي المذهب قال الزركشي هي أنصهما عن أحمد، وبه قال عمر وعلي وابن مسعود. وروي ذلك عن سعيد بن المسيب والثوري وإسحاق. وروى ذلك عن أبي بكر الصديق وعثمان وأبي موسى وعبادة وأبي الدرداء، فهذا قول الأكابر من أصحاب رسول الله ﷺ ولا مخالف لهم في عصرهم فيكون إجماعاً. الشرح الكبير (٥/٤٨).

[فائدة] كل فرقة بين الزوجين في الحياة بعد الدخول فعدة المرأة منها عدة الطلاق وهو المذهب سواء كانت بخلع أو لعان أو رضاع أو فسخ بعيب أو إعسار أو إعتاق أو اختلاف دين أو غيره في قول أكثر أهل العلم وأكثرهم يقول عدة المختلعة عدة المطلقة منهم سعيد بن المسيب وسالم وسليمان بن يسار وعمر بن عبد العزيز والحسن والشعبي والنخعي والزهري وقتادة وجلاس بن عمرو وأبو عياض ومالك والليث والأوزاعي والشافعي وروي عن عثمان بن عفان وابن عمر وابن عباس وأبان بن عثمان وإسحاق و ابن المنذر أن عدة المختلعة حيضة ورواه ابن القاسم عن أحمد واختاره الشيخ تقي الدين في بقية الفسوخ وأومأ إليه في رواية صالح لما روى ابن عباس «أن امرأة ثابت بن قيس اختلعت من زوجها فأمرها النبي ﷺ أن تعتد بحيضة» ورواه أبو داود والنسائي والترمذي وقال حسن غريب وجوابه عموم الآية. انظر الشرح الكبير (٥/٥٠).

(١) قوله «الرابع اللائي يئسن إلخ» أجمع أهل العلم على أن عدة الآيسة والحرة الصغيرة التي لم تحض ثلاثة أشهر لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمۡ﴾ الآية فعلى المذهب يكون ابتداء العدة من حين وقع الطلاق سواء كان في أول الليل أو النهار أو في أثنائهما. (المبدع ٧/٨٣).

(٢) قوله «وإن كان إماء فشهران» هذا المذهب نقله الأكثر عن أحمد وعليه أكثر الأصحاب واحتج فيه بقول عمر رضي الله عنه عدة أم الولد حيضتان وإذا لم تحض كان عدتها شهرين رواه الأثرم عنه بإسناده وهذا قول عطاء والزهري وإسحاق وأحد أقوال الشافعي وهو من مفردات المذهب وعنه شهر ونصف اختاره أبو بكر وهو قول علي رضي الله عنه وروي ذلك عن ابن عمر وابن المسيب وسالم والشعبي والثوري وأصحاب الرأي وهو وقول ثان للشافعي لأن عدة الأمة نصف عدة الحرة وإنما كملنا لذات الحيض حيضتين لتعذر تبعيض الحيضة، وعنه ثلاثة أشهر روي ذلك عن الحسن ومجاهد وعمر ابن عبد العزيز ويحيى الأنصاري وربيعة ومالك وهو القول الثالث للشافعي لعموم قوله تعالى: ﴿فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشۡهُرٖ﴾ . (الشرح الكبير ٥/٥٠).

عدة الأمة[١] وعدة المعتق بعضها بالحساب من عدة حرة وأمة[٢]، وحد الإياس خمسون سنة[٣] وعنه أن ذلك حده في نساء العجم، وحده في نساء العرب ستون سنة[٤] وإن حاضت الصغيرة في عدتها انتقلت إلى القروء ويلزمها إكمالها[٥] وهل

«**وحد الإياس**» يقال: يئس من الشيء، وأيس منه، يأسًا فيهما، فحقه أن يقول: فحَدُّ اليأس، فأما الإياس، فمصدر آيسه من الشيء إياسًا، فالآيسة قد آيسها الله تبارك وتعالى من الحيض، فلذلك استعمل مصدره، لكن استعمال المنصف رحمه الله يأبى ذلك في قوله: يئست ويئسن، وآيسة.

---

(١) قوله: «وعدة أم الولد إلخ» وكذا المكاتبة والمدبرة لأنها أمة مملوكة ولأن أم الولد أمة مملوكة وأن أم الولد أمة في كل أحكامها إلا في البيع. (المبدع ٨٤/٧).

(٢) قوله: «وعدة المعتق إلخ» أي على الخلاف في الروايات في عدة الأمة وهو المذهب، فعلى الأولى عدتها شهران ونصف، وعلى الثالثة شهران وسبعة أيام ونصف. (المبدع ٨٤/٧).

(٣) قوله: «وحد الإياس خمسون سنة» هذا المذهب لقول عائشة رضي الله عنها لن ترى المرأة في بطنها ولدا بعد خمسين سنة. (المبدع ٨٤/٧).

(٤) قوله: «وعنه أن ذلك حده إلخ» وقد ذكر الزبير بن بكار في كتاب النسب أن هندا بنت أبي عبيدة بن عبد الله بن زمعة ولدت موسى بن عبد الله ولها ستون سنة. قال المصنف والصحيح أنها متى بلغت خمسين فانقطع حيضها عن عادتها مرات لغير سبب فقد صارت آيسة وإن رأت الدم بعد الخمسين على العادة التي كانت تراه فيها فهو حيض في الصحيح لأن دليل الحيض الوجود في زمن الإمكان وهذا يمكن وجود الحيض فيه وإن كان نادرًا انتهى (المبدع ٨٤/٧). قال في الإنصاف وهو الصواب الذي لا شك فيه. وعنه وحده ستون مطلقًا، وعنه بعد الخمسين مشكوك فيه فتصلي وتصوم اختاره الخرقي وناظمه قال في الجامع الصغير هذا أصح الروايات واختارها الخلال فعليها تصوم وجوبًا وعنه استحبابًا، واختار الشيخ تقي الدين أنه لا حد لأكثر سن الحيض وتقدم في باب الحيض. انظر الإنصاف (٢٩٤/٩).

(٥) قوله: «وإن حاضت الصغيرة إلخ» إذا اعتدت الصغيرة بالشهور فحاضت قبل انقضاء عدتها بساعة فأكثر لزمها استئناف العدة بالأقراء في قول عامة فقهاء الأمصار منهم سعيد ابن المسيب والحسن ومجاهد وقتادة والشعبي والنخعي والزهري والثوري ومالك والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأي وأهل المدينة والبصرة وذلك لأن الشهور بدل عن الحيض فإذا وجد حكم المبدل بطل حكم البدل. الشرح الكبير (٥٣/٥).

يحتسب ما قبل الحيض قرءًا إذا قلنا القروء الأطهار؟ على وجهين[1]، وإن يئست ذات القروء في عدتها انتقلت إلى عدة الآيسات[2] وإن عتقت الأمة الرجعية في عدتها بنت على عدة حرة وإن كانت بائنا بنت على عدة أمة[3].

فصل

الخامس من ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه اعتدت تسعة أشهر للحمل وثلاثة للعدة[4] وإن كانت أمة اعتدت بأحد عشر شهرًا ويحتمل أن تقعد للحمل أربع سنين[5] وعدة الجارية التي أدركت فلم تحض والمستحاضة الناسية ثلاثة أشهر

---

(١) قوله: «وهل يحسب إلخ» أحدهما لا يحسب وهو المذهب وهو ظاهر كلام الشافعي لأن القرء هو الطهر بين حيضتين وهذا لم يتقدمه حيض. والثاني يحتسب قرءاً صححه في التصحيح لأنه طهر انتقلت منه إلى حيض. (الشرح الكبير ٥/٥٣).

(٢) قوله: «وإن يئست إلخ» هذا بلا نزاع لأن الحيضة لا تلفق من حيضتين وقد تعذر إتمامها بالحيض فوجب تكميلها بالأشهر. (المبدع ٧/٨٥).

(٣) قوله: «وإن عتقت الأمة إلخ» بلا نزاع لأن الحرية وجدت وهي زوجة فوجب أن تعتد عدة الحرة وإن كانت بائنا بنت على عدة أمة بلا نزاع أيضا لأن الحرية لم توجد وهي زوجة فوجب أن تبنى على عدة أمة وبهذا كله قال الحسن والضحاك وإسحاق وأصحاب الرأي وهو أحد قولي الشافعي. والقول الثاني تكمل عدة أمة سواء كانت بائنا أو برجعية وهو قول مالك وأبي ثور لأن الحرية طرأت بعد وجوب العدة عليها فلا تغير حكمها، وقال عطاء والزهري وقتادة تبنى على عدة حرة بكل حال. (الشرح الكبير ٥/٥٣).

(٤) قوله: «اعتدت سنة إلخ» هذا المذهب لأن تسعة أشهر غالب مدة الحمل فتتربص فيها لتعلم براءة رحمها فإذا لم يتبين الحمل فيها علم براءة الرحم فتعتد بعد ذلك عدة الآيسات ثلاثة أشهر هذا قول عمر ﷺ قال الشافعي هذا قضاء عمر بين المهاجرين والأنصار لا ينكره منكر منهم علمناه، وبه قال مالك والشافعي في أحد قوليه وروي ذلك عن الحسن وقال في قول آخر تتربص أربع سنين أكثر مدة الحمل ثم تعتد بثلاثة أشهر وقال في الجديد تكون في عدة أبدا حتى تحيض أو تبلغ سن الإياس فتعتد حينئذ بثلاثة أشهر وهذا قول جابر وزيد وعطاء وطاوس والشعبي والنخعي والزهري والثوري وأبي عبيد وأهل العراق، لأن الاعتداد بالأشهر جعل بعد الإياس فلم يجز قبله وهذه ليست آيسة، ولنا الإجماع الذي حكاه الشافعي. الشرح الكبير (٥/٥٤).

فائدة: لا تنقضي عدتها بعد السنة بعود الحيض قبل العقد على الصحيح من المذهب للحكم بانقضاء العدة. (انظر الإنصاف ٩/٢٩٦).

(٥) قوله: «وإن كانت أمة إلخ» هذا مبني على الصحيح من المذهب أن عدة الأمة التي

وعنه سنة(1)، فأما التي عرفت ما رفع الحيض من مرض أو رضاع ونحوه فلا تزال في عدة حتى يعود الحيض فتعتد به إلا أن تصير آيسة فتعتد عدة آيسة حينئذ(2).

«**والجارية التي أدركت**» أي: بلغت الحلم عن السعدي.

= يئست من الحيض أو لم تحض شهران على ما تقدم لأن مدة الحمل تتساوى فيه الحرة والأمة فإذا أيست من الحمل اعتدت عدة آيسة شهرين. (المبدع ٧/٨٦).

فائدتان: إذا حاضت حيضة ثم ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه فهي كالمسألة التي قبلها تعتد سنة من وقت انقطاع الحيض. (الشرح الكبير ٥/٥٥).

الثانية: إذا كانت عادة المرأة أن يتباعد ما بين حيضها لم تنقض عدتها إلا بثلاث حيضات وإن طالت لا نعلم فيه خلافا. الشرح الكبير (٥/٥٥-٥٦).

(١) قوله: «وعدة الجارية إلخ» عدة الجارية التي أدركت سنا يحيض النساء فيه غالبًا كخمس عشرة ولم تحض ثلاثة أشهر وبه قال أبو حنيفة والشافعي كالآيسة وكذلك الأمة إذا أدركت عدتها شهران لقوله تعالى: ﴿ وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ ﴾ الآية وهذا الصحيح من المذهب وعنه عدتها كعدة من ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه اختاره القاضي وأصحابه والصحيح من المذهب أن عدة المستحاضة الناسية لوقتها والمبتدأة المستحاضة ثلاثة أشهر كالآيسة، وعنه تعتد سنة. (المبدع ٧/٨٧).

فائدة: لو كانت المستحاضة لها عادة أو تمييز فإنها تعمل بذلك وإن علمت أن لها حيضة في كل شهر أو شهرين أو أربعين يوما ونسيت وقتها فعدتها ثلاثة أمثال ذلك. انظر الإنصاف (٩/٢٩٨).

(٢) قوله: «فأما التي عرفت إلخ» هذا المذهب في ذلك كله نص عليه وعليه الأصحاب لما روى الشافعي عن سعيد بن سالم عن ابن جريج عن عبد الله بن أبي بكر أنه أخبره أن ابن حبان بن منقد طلق امرأته وهو صحيح وهي مرضع فمكثت سبعة أشهر لا تحيض يمنعها الرضاع ثم مرض حبان فقيل له إن مت ورثتك فجاء إلى عثمان وأخبره بشأن امرأته وعنده علي وزيد فقال لهما عثمان: ما تريان؟ فقالا: نرى أنها ترثه إن مات ويرثها إن ماتت فإنها ليست من القواعد اللائي يئسن من المحيض وليست من اللائي لم يحضن ثم هي على عدة حيضها ما كان من قليل وكثير، فرجع حبان إلى أهله فانتزع البنت منها فلما فقدت الرضاع حاضت حيضة ثم أخرى ثم مات حبان قبل أن تحيض الثالثة فاعتدت عدة الوفاة وورثته رواه البيهقي عن محمد بن يحيى بن حبان بنحوه، وعنه تنتظر زواله ثم إن حاضت اعتدت به وإلا اعتدت بسنة ذكره محمد بن نصر المروزي عن مالك ومن تابعه منهم أحمد وهو ظاهر عيون المسائل والكافي قال في الإنصاف وهو الصواب، ونقل ابن هانئ أنها تعتد بسنة ونقل حنبل: إن كانت لا تحيض أو ارتفع حيضها أو صغيرة فعدتها ثلاثة أشهر، واختار الشيخ تقي الدين إن علمت عدم عوده فكآيسة وإلا اعتدت سنة. انظر المبدع (٧/٨٨)، الإنصاف (٩/٢٩٨).

فصل

السادس امرأة المفقود الذي انقطع خبره لغيبة ظاهرها الهلاك كالذي يفقد من بين أهله أو في مفازة أو بين الصفين إذا قتل قوم أو من غرق مركبه ونحو ذلك فإنها تتربص أربع سنين ثم تعتد للوفاة(١) وهل يفتقر إلى رفع الأمر إلى الحاكم

---

(١) قوله: «السادس امرأة المفقود إلخ» وهذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب قال الأثرم قيل لأبي عبد الله تذهب إلى حديث عمر قال هو أحسنها يروى عن عمر من ثمانية وجوه ثم قال زعموا أن عمر رجع عن هذا هؤلاء الكذابين، قلت فروي من وجه ضعيف أن عمر قال بخلاف هذا، قال لا إلا أن يكون إنسان يكذب. وقلت له مرة إن إنسانًا قال لي إن أبا عبد الله قد ترك قوله في المفقود بعدك فضحك ثم قال من ترك هذا القول أي شيء يقول؟ وهذا قول عمر وعثمان وعلي وابن عباس وابن الزبير وبه قال عطاء وعمر بن عبد العزيز والحسن والزهري وقتادة والليث وعلي بن المديني وعبد العزيز بن أبي سلمة وبه يقول مالك والشافعي في القديم إلا أن مالكًا قال ليس في انتظار من يفقد في القتال وقت. وقال أبو قلابة والنخعي والثوري وابن أبي ليلى وأصحاب الرأي والشافعي في الجديد: لا تتزوج امرأة المفقود حتى يتيقن موته أو فراقه لما روى المغيرة أن النبي ﷺ قال: «امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها زوجها» وروى الحكم وحماد عن علي لا تتزوج امرأة المفقود حتى يأتي موته أو طلاقه. ولنا ما روى الأثرم والجوزجاني والدارقطني عن عبيد بن عمير قال: فقد رجل في وقت عمر فجاءت امرأته إلى عمر فذكرت له ذلك فقال انطلقي فتربصي أربع سنين ففعلت ثم أتته فقال انطلقي فاعتدي أربعة أشهر وعشرا ففعلت ثم أتته فقال أين ولي هذا الرجل فجاء وليه فقال طلقها ففعل فقال لها عمر: انطلقي فتزوجي من شئت فتزوجت، ثم جاء زوجها الأول، فقال له عمر: أين كنت؟ فقال يا أمير المؤمنين استهوتني الشياطين فوالله ما أدري في أي أرض الله كنت عند قوم يستعبدونني حتى اغتزاهم منهم قوم مسلمون فكنت فيما غنموه فقالوا لي أنت رجل من الإنس وهؤلاء الجن فمالك ولهم فأخبرهم خبري فقالوا بأي أرض الله تحب أن تصبح قلت المدينة هي أرضي فأصبحت وأنا أنظر إلى الحرة. فخيره عمر إن شاء امرأته أو شاء الصداق فاختار الصداق وقال قد حبلت لا حاجة لي فيها ورواه الجوزجاني وغيره بإسنادهم عن علي مثله، وقضى به عثمان وابن الزبير في مولاة لهم وهذه قضايا اشتهرت في الصحابة فلم تنكر فكانت إجماعًا وحديث المغيرة لم يثبت ولم يروه أصحاب السنن. الشرح الكبير (٥/٥٧-٥٨).

فائدتان: تربص الأمة كالحرة في ذلك على الصحيح من المذهب وقال القاضي تتربص على النصف من الحرة. (الإنصاف ٩/٢٩٩).

الثانية: هل تجب لها النفقة في مدة العدة أم لا؟ فيه وجهان أحدهما لا يجب وهو الذي ذكره ابن الزاغوني في الإقناع قال المجد في شرحه هو قياس المذهب عندي لأنه حكم =

ليحكم بضرب المدة وعدة الوفاة؟ على روايتين[1]. وإذا حكم الحاكم بالفرقة نفذ حكمه في الظاهر دون الباطن[2] فلو طلق الأول صح طلاقه ويتخرج أن ينفذ حكمه باطنا فينفسخ نكاح الأول ولا يقع طلاقه، وإذا فعلت ذلك ثم تزوجت ثم قدم زوجها الأول ردت إليه إن كان قبل دخول الثاني بها[3] وإن كان بعده خير الأول بين أخـــذها وبين تركها مع الثاني[4] ويأخذ صداقها

= بوفاته بعد مدة الانتظار فصارت معتدة للوفاة. والثاني تجب قاله القاضي لأن النفقة لا تسقط إلا بيقين الموت ولم يوجد هنا وذكره في المغني وزاد أن نفقتها لا تسقط بعد المدة لأنها باقية على نكاحه ما لم تتزوج أو يفرق الحاكم بينهما قال في الإنصاف فعلى الثاني يعايا بها. الإنصاف (٢٩٩/٩).

(١) قوله: «وهل يفتقر إلى رفع الأمر إلخ» إحداهما يفتقر إلى ذلك فيكون ابتداء المدة من حين ضربها الحاكم والثانية لا يفتقر إلى ذلك، قال الشيخ تقي الدين لا يعتبر الحاكم على الأصح، فلو مضت العدة والمدة تزوجت، واختاره ابن عبدوس قال في الإنصاف وهو الصواب قلت وجزم به في الإقناع لأنها مدة تعتبر لإباحة النكاح فلم تفتقر إلى الحاكم كمدة من ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه فيكون ابتداء المدة من حين انقطع خبره. المبدع (٩٠/٧).

تنبيه: ظاهر كلامه أنه لا يشترط أن يطلقها ولي زوجها بعد اعتدادها للوفاة وهو إحدى الروايتين والمذهب منهما قال في الإنصاف وهو الصواب قال المصنف والشارح وهو القياس وهو قول ابن عمر وابن عباس فإن ولي الرجل لا ولاية له في طلاق امرأته ولأننا حكمنا عليها بعدة الوفاة فلا يجب عليها مع ذلك عدة الطلاق. انظر الإنصاف (٣٠٠/٩).

(٢) قوله: «وإذا حكم الحاكم بالفرقة إلخ» وكذا لو ظاهر منها صح ظهاره وهذا المذهب لأننا حكمنا بالفرقة بناء على أن الظاهر هلاكه فإذا ثبتت حياته انتقض ذلك الظاهر ولم يبطل طلاقه كما لو شهدت به بينة كاذبة ولذلك خير في أخذها. المبدع (٩٠/٧).

فائدة: لو تزوجت امرأة المفقود قبل الزمان المعتبر ثم تبين أنه كان ميتا أو أنه طلقها قبل ذلك بمدة تنقضي فيها العدة ففي صحة النكاح قولان ذكرهما القاضي الصحيح منهما عدم الصحة اختاره المصنف والشارح. الإنصاف (٣٠١/٩).

(٣) قوله: «وإذا فعلت ذلك إلخ» هذا المذهب نص عليه لأننا تبينا حياته. وكذا إن قدم بعد التزويج وقبل الدخول فإنها ترد إليه وليس على الثاني صداق لأننا تبينا أن النكاح باطل ولم يتصل به دخول قال أحمد أما قبل الدخول فهي امرأته وإنما يخير بعد الدخول وهذا قول عطاء والحسن وجلاس بن عمرو وقتادة ومالك وإسحاق. المبدع (٩١/٧).

(٤) قوله: «وإن قدم بعد دخول الثاني إلخ» وهذا المذهب وهو من مفرداته قاله في الإنصاف =

منه[1] وهل يأخذ صداقها الذي أعطاها الثاني؟ على روايتين[2]. والقياس أن ترد إلى الأول ولا خيار إلا أن يفرق الحاكم بينهما ونقول بوقوع الفرقة باطنا فتكون زوجة الثاني بكل حال، وعنه التوقف في أمره والمذهب الأول. فأما من انقطع خبره لغيبة ظاهرها السلامة كالتاجر والسائح فإن امرأته تبقى أبدا إلى أن يتقين موته[3]،وعنه أنها تتربص تسعين عاما مع سنة يوم ولد ثم

«**والسائح**» السائح: الذاهب في الأرض للتعبد والترهب، قاله الجوهري، والسعدي، وغيرهما. وقال عطاء: السائحون: الغزاة وقال عكرمة: طلبة العلم.

=(٩/٣٠٢)، وقال الشارح وهذا قول مالك لإجماع الصحابة فروى معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب أن عمر وعثمان قالا إن جاء زوجها الأول خير بين المرأة وبين الصداق الذي ساق هو، رواه الجوزجاني والأثرم وقضى به ابن الزبير ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم فيكون إجماعًا، فعلى هذا إن أمسكها الأول فهي زوجته بالعقد السابق ولا يحتاج الثاني إلى طلاق في المنصوص لأن نكاحه كان باطلا في الباطن ويجب على الأول اعتزالها حتى تنقضي عدتها من الثاني، وإن لم يخترها الأول فإنها تكون مع الثاني بغير عقد جديد على الصحيح من المذهب، وقال المصنف الصحيح أنه يجب أن يجدد العقد لأننا تبينا بطلان عقده بمجيء الأول. الشرح الكبير (٥/٦٠). وقال الشيخ تقي الدين هي زوجة الثاني باطنا وظاهرًا وجعل في الروضة التخيير المذكور لهما فأيهما اختارته ردت على الآخر ما أخذته منه. انتهى. الإنصاف (٩/٣٠٣).

(١) قوله: «ويأخذ صداقها منه» يعني إذا تركها الأول للثاني أخذ صداقها منه وهذا المذهب وعليه الأصحاب لقضاء الصحابة بذلك. المبدع (٧/٩٢).

(٢) قوله: «وهل يأخذ إلخ» إحداهما يرجع بقدر صداقها الذي أعطاها هو لا الثاني وهو المذهب لقضاء عثمان وعلي وهو قول الحسن والزهري وقتادة وعلي بن المديني ولأنه أتلف عليه المعوض فرجع بالعوض، وعنه يأخذ الذي أعطاها الثاني، وعلى كلا الروايتين يرجع الثاني على الزوجة بما أخذه الأول منه على الصحيح وعنه لا يرجع به عليها. الشرح الكبير (٥/٦٠).

(٣) قوله: «فأما من انقطع خبره إلخ» هذا إحدى الروايات قال الشارح هذا المذهب روي ذلك عن علي وإليه ذهب ابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري وأبو حنيفة والشافعي في الجديد وروي ذلك عن أبي قلابة والنخعي وأبي عبيد وقال مالك والشافعي في القديم تتربص أربع سنين وتعتد للوفاة أربعة أشهر وعشرا وتحل للأزواج لأنه إذا جاز الفسخ لتعذر الوطء بالغيبة وتعذر النفقة بالإعسار فلأن يجوز ههنا لتعذر الجميع أولى، واحتجوا بحديث عمر الذي ذكرناه في المفقود مع موافقة الصحابة وتركهم إنكاره. الشرح الكبير (٥/٦١).

تحل[1] وكذلك امرأة الأسير، ومن طلقها زوجها أو مات عنها وهو غائب عنها فعدتها من يوم مات أو طلق[2]، وعنه إن ثبت ذلك ببينة فكذلك وإلا فعدتها من يوم بلغها الخبر. وعدة الموطوءة بشبهة عدة المطلقة[3] وكذلك عدة المزني بها[4]

---

(١) قوله: «وعنه أنها تتربص تسعين عامًا إلخ» وهذا المذهب وقد قدمه المصنف في هذا الكتاب في باب ميراث المفقود وهو من مفردات المذهب لأن الظاهر أنه لا يعيش أكثر منها، ووجه الأولى أنها غيبة ظاهرها السلامة فلم يحكم بموته كما قبل التسعين. المبدع (٩٣/٧).

فائدة: إذا كانت غيبته غير منقطعة يعرف خبره ويأتي كتابه فهذا ليس لامرأته أن تتزوج في قول أهل العلم أجمعين إلا أن يتعذر الإنفاق عليها من ماله فلها أن تطلب فسخ النكاح فيفسخ، المبدع (٩٣/٧). وأجمعوا على أن امرأة الأسير لا تنكح حتى تعلم يقين وفاته وهذا قول النخعي والزهري ويحيى الأنصاري ومكحول والشافعي وأبي عبيد وأبي ثور وإسحاق وأصحاب الرأي وإذا أبق العبد فزوجته على الزوجية حتى تعلم موته أو ردته، وبه قال الأوزاعي والثوري والشافعي وإسحاق، وقال الحسن: إباقه طلاقه. الشرح الكبير (٦٢/٥).

(٢) قوله: «ومن طلقها زوجها إلخ» وهذا المذهب مطلقا وعليه الأصحاب وهذا قول عمر وابن عباس وابن مسعود ومسروق وعطاء وجابر بن زيد وابن سيرين ومجاهد وسعيد ابن جبير وعكرمة وطاوس وسليمان بن يسار وأبي قلابة وأبي العالية والنخعي ونافع ومالك والشافعي وإسحاق وأبي عبيد وأبي ثور وأصحاب الرأي لأنها لو كانت حاملا فوضعت غير عالمة بفرقة زوجها لها انقضت عدتها فكذا سائر أنواع العدد. الشرح الكبير (٦٢/٥).

(٣) قوله: «وعدة الموطوءة بشبهة إلخ» هذا المذهب وهو من مفرداته قاله في الإنصاف وقال الشارح وكذلك الموطوءة في نكاح فاسد وبه قال الشافعي لأن وطء الشبهة والنكاح الفاسد في شغل الرحم ولحوق النسب كالوطء في النكاح الصحيح فكان مثله، واختار الشيخ تقي الدين أن كل واحدة منهما تستبرأ بحيضة. الشرح الكبير (٦٣/٥).

(٤) قوله: «وكذلك عدة المزنى بها» وهذا المذهب، وبه قال الحسن والنخعي وهو من مفردات المذهب وعنه تستبرأ بحيضة وهو قول مالك واختاره الحلواني وابن رزين والشيخ تقي الدين واختاره أيضا في كل فسخ وطلاق ثلاث ولأن المقصود به معرفة البراءة من الحمل، وروي عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما لا عدة عليها وهو قول الثوري والشافعي وأصحاب الرأي، لأن العدة لحفظ النسب ولا يلحقه النسب، وقد روي عن علي ما يدل على ذلك. الشرح الكبير (٦٣/٥).

فائدة: من وطئت امرأته أو سريته بشبهة أو زنا حرمت عليه حتى تعتد، وفيما دون الفرج وجهان. انظر المبدع (٩٥/٧).

وعنه أنها تستبرئ بحيضة .

فصل

إذا وطئت المعتدة بشبهة أو غيرها أتمت عدة الأول ثم استأنفت العدة من الوطء(١) وإن كانت بائنا فأصابها المطلق عمدًا فكذلك(٢) وإن أصابها بشبهة استأنفت العدة للوطء ودخلت فيها بقية الأولى(٣) وإن تزوجت في عدتها لم تنقطع عدتها حتى يدخل بها فتنقطع حينئذ(٤) ثم إذا فارقها بنت على عدتها من الأول واستأنفت العدة من الثاني(٥) وإن أتت بولد من أحدهما انقضت عدتها به

---

(١) قوله: «إذا وطئت المعتدة إلخ» إنما كان كذلك لأن العدة من رجلين لا يتداخلان لكونهما حقين لرجلين أشبه الدينين فتتم عدة الأول لأن حقه أسبق لكن لا يحسب منها مدة مقامها عند الواطئ الثاني على الصحيح من المذهب، وقيل يحسب منها وجزم به القاضي والشريف وأبو الخطاب في خلافاتهم، وله رجعتها في مدة تتمة العدة على الصحيح من المذهب، وقيل ليس له رجعتها وجزم به القاضي في خلافه، فإذا فرغت من عدة الأول اعتدت للثاني على المذهب. المبدع (٧/٩٥).

على قوله: «بشبهة أو غيرها» ، كنكاح فاسد. المبدع (٧/٩٥).

(٢) قوله: «وإن كانت بائنا إلخ» يعني أنها كالموطوءة بشبهة من الأجنبي في عدتها، وهذا المذهب لأنه وطء محرم لا يلحق فيه النسب، ولأن العدة الأولى عدة طلاق والثانية عدة زنا. المبدع (٧/٩٥).

(٣) قوله: «وإن أصابها بشبهة إلخ» هذا المذهب لأن الوطء قطع العدة الأولى وهو موجب للاعتداد وتدخل فيه بقية الأول لأن الوطء بشبهة يلحق به النسب. المبدع (٧/٩٥).

(٤) قوله: «وإن تزوجت في عدتها إلخ» وجملته أن المعتدة لا يجوز لها أن تنكح في عدتها إجماعًا لقوله: ﴿ وَلَا تَعۡزِمُواْ عُقۡدَةَ ٱلنِّكَاحِ ﴾ الآية فإن تزوجت فالنكاح باطل ويجب أن يفرق بينه وبينها فإن لم يدخل بها فالعدة بحالها لا تنقطع بالعقد الثاني لأنه باطل ولا تستحق عليه بالعقد شيئا وتسقط نفقتها وسكناها عن الزوج الأول لأنها ناشز وإن وطئها انقطعت العدة. المبدع (٧/٩٦).

(٥) قوله: «ثم إذا فارقها بنت على عدة الأول إلخ» أي لأن عدة الأول أسبق فإذا كملت عدة الأول وجب عليها أن تعتد للثاني ولا تتداخل العدتان وهذا مذهب الشافعي وقال أبو حنيفة يتداخلان فتأتي بثلاثة قروء بعد مفارقة الثاني. ولنا ما روى مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار أن طليحة كانت تحت رشيد الثقفي فطلقها ونكحت في عدتها فضربها عمر بن الخطاب ضربات وضرب زوجها ضربات مخففة وفرق بينهما ثم قال أيما امرأة نكحت في عدتها فإن كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الأول وكان خاطبًا =

من ثم اعتدت للآخر أيهما كان، وإن أمكن أن يكون منهما أرى القافة معهما فألحق بمن ألحقوه منهما وانقضت عدتها به منه واعتدت للآخر، وإن ألحقته بهما ألحق بهما وانقضت به عدتها منهما، وللثاني أن ينكحها بعد انقضاء العدتين[1]، وعنه أنها تحرم عليه على التأبيد. وإن وطئ رجلان امرأة فعليها عدتان لهما .

فصل

وإذا طلقها واحدة ، فلم تنقض عدتها حتى طلقها ، ثانيا بَنَت على ما مضى من العدة[2] ، وإن راجعها ، ثم طلقها بعد دخوله بها ؛ استأنفت

=من الخطاب وإن كان دخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الأول ثم اعتدت من الآخر ولا ينكحها أبدا، وروى بإسناده عن علي ﷺ أنه قضى في التي تزوج في عدتها أنه يفرق بينهما ولها الصداق بما استحل من فرجها وتكمل ما أفسدت من عدة الأول وتعتد من الآخر، وهذان قولا سيدين من الخلفاء لم يعرف لهما في الصحابة مخالف. الشرح الكبير (٥/٦٦).

على قوله: «ثم اعتدت للآخر أيهما كان» هذا المذهب. المبدع (٧/٩٦).

(١) قوله: «وللثاني أن ينكحها إلخ» هذا المذهب ونصره المصنف وبه قال الشافعي في الجديد فإنه قال له نكاحها بعد قضاء عدة الأول ولا يمتنع من نكاحها في عدتها منه لأن العدة إنما شرعت لحفظ النسب وصيانة للماء والنسب لاحق به وروي عن عمر أنه رجع إلى قول علي فإن عليا قال إذا انقضت عدتها فهو خاطب من الخطاب فقال عمر ردوا الجهالات إلى السنة ورجع إلى قول علي وقياسهم يبطل بما إذا زنا فإنه قد استعجل وطئها ولا تحرم عليه على التأبيد، وعنه تحرم على التأبيد وبه قال مالك والشافعي في القديم لقول عمر لا ينكحها أبدا. رواه مالك والشافعي والبيهقي بإسناد جيد. الشرح الكبير (٥/٦٨).

فائدة: كل معتدة من غير نكاح الصحيح كالزانية والموطوءة بشبهة أو نكاح فاسد فقياس المذهب تحريم نكاحها على الواطئ وغيره قاله الشارح وقال المصنف والأولى حل نكاحها لمن هي معتدة منه إن كان يلحقه نسب ولدها لأن العدة لحفظ مائه وصيانة نسبه، ومن لا يلحقه نسب ولدها كالزانية لا يحل له نكاحها لأنه يفضي إلى اشتباه النسب. المبدع (٧/٩٧-٩٨).

فائدة: إذا خالع الرجل امرأته أو فسخ نكاحه فله أن يتزوجها في عدتها في قول الجمهور وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء والزهري والحسن وقتادة ومالك والشافعي وأصحاب الرأي لأن العدة لحفظ نسبه وصيانته ولا يصان ماؤه عن مائه. الشرح الكبير (٥/٦٩).

(٢) قوله: «إذا طلقها واحدة إلخ» أي بلا نزاع لأنهما طلاقان لم يتخللهما وطء ولا رجعة.=

العدة[1]، وإن طلقها قبل دخوله بها فهل تبني أو تستأنف؟ على روايتين[2]، وإن طلقها طلاقا بائنا ثم نكحها في عدتها ثم طلقها فيها قبل دخوله بها فعلى روايتين: أولاهما أنها تبني على ما مضى من العدة الأولى لأن هذا طلاق من نكاح لا دخول فيه فلا يوجب عدة[3].

= المبدع (٩٨/٧).

(١) قوله: «وإن راجعها إلخ» هذا بلا نزاع فتستأنفها من الطلاق الثاني لأنه طلاق من نكاح اتصل به المسيس. المبدع (٩٨/٧).

(٢) قوله: «وإن طلقها قبل إلخ» إحداهما تستأنف كمن فسخت بعد الرجعة بعتق أو غيره وهو المذهب، والثانية تبني لأن الرجعة لا تزيد على النكاح الجديد، ولو نكحها ثم طلقها قبل المسيس لم يلزم لذلك عدة طلاق فكذلك الرجعة، واختار هذه القاضي وأصحابه. المبدع (٩٨/٧).

(٣) قوله: «وإن طلقها طلاقًا بائنا إلخ» وهذا المذهب بلا ريب وبه قال الشافعي ومحمد بن الحسن لأنه طلاق في نكاح قبل المسيس فلم يوجب عدة لعموم قوله: ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ ﴾ الآية قال القاضي في كتاب الروايتين لا يلزمها استئناف العدة رواية واحدة، والثانية تستأنف وهو قول أبي حنيفة لأنه طلاق لا يخلو من عدة فأوجب عدة مستأنفة كالأول. انظر الشرح الكبير (٦٩/٥-٧٠).

فصل

ويجب الإحداد على المعتدة من الوفاة[1] وهل يجب على البائن؟ على روايتين[2] ولا يجب على الرجعية والموطوءة بشبهة أو زنا أو في نكاح فاسد أو بملك يمين[3] وسواء في الإحداد المسلمة والذمية والمكلفة وغيرها[4]، والإحداد اجتناب

«**ويجب الإحداد**» الإحداد: مصدر أحدَّت المرأة على زوجها: إذا تركت الزينة لموته، فهي محد. ويقال أيضًا: حدت تحد، بكسر الحاء وضمها، فيكون في مضارعه ثلاث لغات: واحدة من الرباعي، واثنتان من الثلاثي. والحِداد بكسر الحاء: ثياب سود يحزن بها. والحدُّ: المنع، فالمحدة: ممتنعة عن الزينة.

---

(١) قوله: «ويجب الإحداد على المعتدة» هذا بلا نزاع في المذهب ولا نعلم فيه خلافا أهل العلم، إلا الحسن فإنه قال لا يجب وهو قول خالف السنة فلا يعرج عليه. الشرح الكبير (٥/٧٠-٧١).

(٢) قوله: «وهل يجب على البائن إلخ» إحداهما يجب وعليه أكثر الأصحاب، قال في الفروع اختاره الأكثر، قال الزركشي اختاره الخرقي والقاضي وعامة أصحابه وجزم به في الوجيز وتذكرة ابن عبدوس وبه قال سعيد بن المسيب وأبو ثور وأصحاب الرأي. والثانية لا يجب وهو المذهب على المصطلح اختاره أبو بكر في الخلاف وابن شهاب والمصنف في العمدة وجزم به في المنور ومنتخب الأدمي وبه قال عطاء وربيعة ومالك وابن المنذر ونحوه قول الشافعي لقوله ﷺ : «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا» فدل على أنه لا يجب إلا في عدة الوفاة وروت أم سلمة أن النبي ﷺ قال: «المتوفى عنها زوجها لا تلبس المعصفر من الثياب ولا الممشق ولا الحلي ولا تختضب ولا تكتحل» رواه أحمد وأبو داود والنسائي. ووجه الأولى أنها معتدة من نكاح بائن فلزمها الإحداد كالمتوفى عنها. انظر الشرح الكبير (٥/٧١).

فائدة: حيث قلنا لا يجب الإحداد فإنه يجوز إجماعًا لكن لا يسن ذكره في الرعاية. الإنصاف (٩/٣١٥).

(٣) قوله: «ولا يجب في نكاح فاسد» هذا المذهب وعليه أكثر الأصحاب وقال القاضي في الجامع المنصوص: يلزم الإحداد في نكاح فاسد، وجزم به في القواعد الأصولية. المبدع (٧/١٠١).

(٤) قوله: «وسواء في الإحداد إلخ» هذا المذهب وقال أصحاب الرأي لا إحداد على ذمية ولا صغيرة لأنهما غير مكلفتين ولنا عموم الأحاديث ولأن غير المكلفة تساوي المكلفة في اجتناب المحرمات وإنما يفترقان في الإثم. انظر الشرح الكبير (٥/٧١).

الزينة والطيب والتحسين كلبس الحلي[1]، والملون من الثياب للتحسين كالأحمر والأصفر والأخضر الصافي والأزرق الصافي[2]، واجتناب الحناء والخضاب[3] والكحل الأسود[4] والحفاف[5] وإسفيداج العرائس وتحمير الوجه ونحوه، ولا

---

(١) قوله: «والإحداد إلخ» وجملته أن الحادة يجب عليها اجتناب ما يدعو إلى نكاحها ويرغب في النظر إليها وذلك أربعة أمور: أحدها: الطيب ولا خلاف في تحريمه عند من أوجب الإحداد لقوله ﷺ : «لا تمسن طيبا إلا عند أدنى طهرها إذا طهرت نبذة قسط أو أظفار» متفق عليه، ولا يحل لها استعمال الأدهان المطيبة كدهن الورد والبنفسج والياسمين وما أشبهه. الثاني اجتناب الزينة وذلك واجب في قول عامة أهل العلم قالت أم سلمة: دخل علي النبي ﷺ حين توفي أبو سلمة وقد جعلت على عيني صبرًا فقال ما هذا يا أم سلمة؟ فقلت: إنما هو صبر ليس فيه طيب قال: إنه يشب الوجه فلا تجعليه إلا بالليل وتترعيه بالنهار. رواه أبو داود والنسائي والبيهقي بإسناد فيه جماعة لا يحتج بهم، ويحرم لبس الحلي كالسوار والدملج والخاتم ولا فرق بين أن يكون من فضة أو ذهب، وقال عطاء يباح حلي الفضة، وجوابه عموم النهي. الشرح الكبير (٥/٧٢)، المبدع (٧/١٠١).

(٢) قوله: «والملون من الثياب إلخ» لقوله ﷺ : «لا تلبس ثوبا مصبوغا إلا ثوب عصب» وفي حديث أم سلمة ولا تلبس المعصفر من الثياب والممشق وفيه تنبيه على أن الأخضر غير الصافي والأزرق غير الصافي لا يحرم عليها لبسه لأن ذلك لا يلبس للتحسين عادة ولم يكن ذلك زينة والمذهب أنه يحرم ما صبغ غزله ثم نسج كالمصبوغ بعد نسجه. الشرح الكبير (٥/٧٣)، المبدع (٧/١٠١).

(٣) قوله: «واجتناب الحناء إلخ» لقوله ﷺ في حديث أم سلمة: «ولا تختضب» . المبدع (٧/١٠٢).

(٤) قوله: «والكحل الأسود» لقوله ﷺ في حديث أم عطية ولا تكتحل ومراده إذا لم يكن حاجة قاله في الفروع وغيره، قال المصنف والشارح فإن اضطرت الحادة إلى الكحل بالإثمد للتداوي فلها أن تكتحل ليلا وتمسحه نهارًا وقطعوا به ولمن أجازه مع الحاجة عطاء والنخعي ومالك وأصحاب الرأي وأفتت به أم سلمة. الشرح الكبير (٥/٧٢). قال في الإنصاف وذلك معارض بما جاء في الصحيحين أن امرأة جاءت إلى النبي ﷺ فقالت يا رسول الله إن ابنتي توفي عنها زوجها وقد اشتكت عينها أفنكحلها فقال لا، مرتين. فيحتمل أن يكون ذلك منسوخًا ويحتمل أنه كان يمكنها التداوي بغيره فمنعها من التداوي به ويحتمل أنها لم تكن وصلت إلى الاضطرار إلى ذلك. انتهى. انظر الإنصاف (٩/٣١٦-٣١٧).

(٥) قوله: «والحفاف» هذا الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب، وقال في المطلع والمحرم عليها إنما هو نتف وجهها فأما حلقه وحفه فهو مباح نص عليه أصحابنا. المبدع (٧/١٠٢).

=

يحرم عليها الأبيض من الثياب وإن كان حسنا ولا الملون لدفع الوسخ كالكحلي ونحوه، وقال الخرقي: وتجتنب النقاب.

فصل

وتجب عدة الوفاة في المنزل الذي وجبت فيه[1] إلا أن تدعـــو ضرورة إلى خروجهـــا

«**والحفاف وإسفيداج العرائس**» الحفاف، بكسر الحاء: مصدر حفت المرأة وجهها من الشعر تحفه، حفًا، وحفافًا، واحتفت مثله، والمحرم عليها إنما هو نتف شعر وجهها، فأما حفه، وحلقه، فمباح، نص عليه أصحابنا[2]. والأسفيداج معروف، يعمل من الرصاص، ذكره الأطباء في كتبهم، ولم أر أحدًا من أهل اللغة ذكره، والألف في المعرب، لكونها لفظة مولَّدة. والعرائس: جمع عروس.

قال الجوهري: يقال: رجل عروس في رجال عُرُسٍ، وامرأة عروس في نساء عرائس. وأعْرَسَ الرجل: بنى بأهله، أو عمل عريسًا. ولا يقال: عَرَّسَ، والتعريس: نزول آخر الليل لنوم أو راحة.

«**وتجنب النقاب**» النِّقَاب بالكسر. قال أبو عبيد: النقاب عند العرب: الذي يَبْدو منه مَحْجَر العين، ويقال: انتقبت المرأة، وإنها لحسنة النِّقبة بالكسر.

=

فائدة: لا تمنع من التنظيف بتقليم الأظفار ونتف الإبط وحلق الشعر المندوب إلى حلقه ولا من الاغتسال بالسدر والامتشاط. الإنصاف (٣١٧/٩).

(١) قوله: «وتجب العدة إلخ» روي ذلك عن عمرو وعثمان وابن عمر وابن مسعود وأم سلمة وبه يقول مالك والثوري وأبو حنيفة والشافعي وإسحاق قال ابن عبد البر وبه يقول جماعة فقهاء الأمصار. وقال جابر بن زيد والحسن وعطاء تعتد حيث شاءت وروي ذلك عن علي وابن عباس وجابر وعائشة قال ابن عباس نسخت هذه الآية عدتها عند أهله وسكنت في وصيتها وإن شاءت خرجت لقول الله: ﴿ فَإِنْ خَرَجْنَ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِي مَا فَعَلْنَ فِيٓ أَنفُسِهِنَّ ﴾ قال عطاء ثم جاء الميراث فنسخ السكن تعتد حيث شاءت رواهما أبو داود، ولنا قوله ﷺ لفريعة أمكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله فاعتدت أربعة أشهر وعشرا فلما كان عثمان أرسل إلي فسألني عن ذلك فأخبرته فاتبعه وقضى به رواه مالك وأحمد وأبو داود وصححه الترمذي. وسواء كان المنزل لزوجها أو غيره، فإن أتاها الخبر في مسكنها رجعت إليه. الشرح الكبير (٧٤/٥).

(٢) قال ابن مفلح: وهو سهو. انظر/ المبدع (١٠٢/٧).

منه بأن يحولها مالكه أو تخشى على نفسها فتنتقل، ولا تخرج ليلا ولها الخروج نهارًا في حوائجها وإن أذن لها زوجها في النقلة إلى بلد للسكنى فيه فمات قبل مفارقة البنيان لزمها العود إلى منزلها، وإن مات بعده فلها الخيار بين البلدين، وإن سافر بها ثم مات في الطريق وهي قريبة لزمها العود، وإن تباعدت خيرت بين البلدين، وإن أذن لها في الحج فأحرمت به ثم مات فخشيت فوات الحج مضت في سفرها[1] وإن لم تخش وهي في بلدها أو قريبة يمكنها العود أقامت لتقضي العدة في منزلها وإلا مضت في سفرها وإن لم تكن أحرمت أو أحرمت بعد موته فحكمها حكم من لم يخش الفوات. وأما المبتوتة فلا تجب عليها العدة في منزله وتعتد حيث شاءت نص عليه[2].

«وأما المبتوتة» المَبْتوتَة: مفعولة، من بَتَّ الطلاق: إذا قطعه، يقال: بَتَّ الطلاق، وأَبَتَّه، فالأصل: المبتوت طلاقها، فحذف المضاف وأقيم المضاف إليه مقامه،

(١) قوله: «وإن أذن لها في الحج إلخ» وجملته أن المعتدة ليس لها أن تخرج إلى الحج ولا غيره روي ذلك عن عمر وعثمان وبه قال سعيد بن المسيب ومالك والشافعي والثوري وأصحاب الرأي، فإن خرجت فمات زوجها في الطريق رجعت إن كانت قريبة لأنها في حكم الإقامة فإن تباعدت مضت في سفرها وقال مالك ترد ما لم تحرم، والصحيح ما ذكرنا لأنه يضر بها وعليها مشقة ولابد لها من سفر وإن رجعت، ويحد القريب بما لا تقصر فيه الصلاة والبعيد بما تقصر فيه الصلاة وهو قول أبي حنيفة إلا أنه لا يرى القصر إلا في مدة ثلاثة أيام فعلى قوله متى كان بينها وبين مسكنها ثلاثة أيام لزمها الرجوع إليه، وقال الشافعي إن فارقت البنيان فلها الخيار بين الرجوع والتمام؛ لأنها صارت في موضع أذن زوجها فيه، ولنا على وجوب الرجوع على القريبة ما روى سعيد بإسناده عن سعيد بن المسيب قال توفي أزواج نساء وهن حاجات أو معتمرات فردهن عمر من ذي الحليفة حتى يعتددن في بيوتهن، ولو كان عليها حجة الإسلام فمات زوجها لزمها العدة في منزلها وإن فاتها الحج لأن العدة في المنزل تفوت ولا بدل لها والحج يمكن الإتيان به بعدها فإن مات بعد إحرامها بالحج الفرض أو بحج أذن لها فيه وكان وقت الحج متسعًا لا تخاف فوته ولا فوت الرفقة لزمها الاعتداد في منزلها وإن خشيت فوات الحج لزمها المضي فيه وهو قول الشافعي، وقال أبو حنيفة يلزمها المقام. ولنا أنهما عبادتان استويا في الوجوب وضيق الوقت فوجب تقديم الأسبق منهما كما لو سبقت العدة. الشرح الكبير (٥/٧٩)، المبدع (٧/١٠٥).

(٢) قوله: «وأما المبتوتة إلخ» هذا المذهب نص عليه لما روت فاطمة بنت قيس أن أبا عمرو بن حفص طلقها البتة وهو غائب فأرسل إليها بشيء فسخطته فقال والله مالك علينا من شيء فجاءت النبي ﷺ فذكرت ذلك له فقال لها ليس لك عليه نفقة ولا سكنى وأمرها أن تعتد عند أم شريك ثم قال: تلك امرأة يغشاها أصحابي، اعتدي في بيت ابن أم مكتوم متفق عليه. وإنكار عمر وعائشة ذلك يجاب عنه، وعنه أنها كالمتوفى عنها زوجها. المبدع (٧/١٠٦-١٠٧)، الشرح الكبير (٥/٨٠).

باب في استبراء الإماء

ويجب الاستبراء في ثلاثة مواضع: أحدها: إذا ملك أمة لم يحل له وطؤها[1] ولا استمتاع بها بمباشرة ولا قبلة حتى يستبرئها[2]، إلا المسبية هل له الاستمتاع بها فيما دون الفرج؟ على روايتين[3]،

فصار ضميرًا مستترًا. والمراد هنا بالمبتوتة: البائن بفسخ، أو طلاق، والله أعلم.

باب استبراء الإماء

الاستبراء: استفعال مِن بَرَأ، ومعناه: قصد علم براءة رحِمها من الحمل بأخذ ما يُستَبرأ به.

---

(١) قوله: «أحدها إذا ملك أمة إلخ» من ملك أمة بسبب من أسباب الملك كالبيع والهبة والإرث وغير ذلك لم يحل له وطؤها حتى يستبرئها بكرًا كانت أو ثيبًا صغيرة أو كبيرة ممن تحمل أو لا تحمل هذا قول أكثر أهل العلم منهم الحسن وابن سيرين ومالك والشافعي وأصحاب الرأي وقال ابن عمر لا يجب استبراء البكر وهو قول داود لأن الغرض بالاستبراء معرفة براءة رحمها من الحمل وهذا معلوم في البكر وقال الليث إن كانت ممن لا يحمل مثلها لم يجب استبراؤها. ولنا ما روى أبو سعيد مرفوعًا قال لا توطأ حامل حتى تضع ولا غير ذات حمل حتى تحيض رواه أحمد وأبو داود والبيهقي بإسناد جيد وفيه شريك القاضي. وعن رويفع بن ثابت قال: إنني لا أقول إلا ما سمعت رسول الله ﷺ يقول سمعته يقول: «لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر أن يقع على امرأة من السبي حتى يستبرئها بحيضة» رواه أبو داود. الشرح الكبير (٥/٨٠-٨١).

(٢) قوله: «ويحرم الاستمتاع إلخ» هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب وجزم به في المغني والشرح وغيرهما قال في الشرح لا يجوز رواية واحدة وعنه يختص التحريم بمن تحيض فيجوز الاستمتاع والوطء ممن لا تحيض، وعنه يختص التحريم بالوطء فقط ذكرها في الإرشاد وهو وقول الحسن لأنه ﷺ إنما نهى عن الوطء واختاره ابن القيم في الهدي واحتج بجواز الخلوة والنظر وقال لا أعلم في جواز هذا نزاعا، ووجه الأولى أنه لا يأمن أن تكون حاملا من مالكها الأول فتكون أم ولد فيحصل الاستمتاع بأم ولد غيره واختار الشيخ تقي الدين جواز وطء البكر ولو كانت كبيرة والآيسة إذا أخبره صادق أنه لم يطأ أو أنه استبرأ. المبدع (٧/١٠٨).

(٣) قوله: «إلا المسبية إلخ» يعني إذا منعنا الاستمتاع بغير المسبية إحداهما لا يحل وهو المذهب لأنه يحرم الوطء فحرم دواعيه كالعدة والثانية يحل وجزم به ابن البنا والشيرازي وصححه في البلغة والقاضي في المجرد لفعل ابن عمر. انظر المبدع (٧/١٠٨-١٠٩).

سواء ملكها من صغير أو كبير أو رجل أو امرأة[1]، وإن أعتقها قبل استبرائها لم يحل له نكاحها حتى يستبرئها[2] ولها نكاح غيره إن لم يكن بائعها يطأها[3] والصغيرة التي لا يوطأ مثلها هل يجب استبراؤها؟ على وجهين[4]، وإن اشترى زوجته أو عجزت مكاتبته أو فك أمته من الرهن أو أسلمت المجوسية أو المرتدة أو الوثنية أو التي حاضت عنده أو كان هو المرتد فأسلم أو اشترى مكاتبه ذوات رحمه فحضن عنده ثم عجز أو اشترى عبده التاجر أمة فاستبرأها ثم أخذها سيده حلت بغير استبراء[5]، وإن وجد الاستبراء في يد البائع قبل القبض أجزأ وعنه لا يجزئ[6] ، وإن باع أمته ثم عادت إليه بفسخ أو غيره بعد القبض وجب استبراؤها

---

(١) قوله: «سواء ملكها من صغير إلخ» وهذا المذهب وعليه الأصحاب وسواء ملكها من مجبوب أو من رجل قد استبرأها ثم لم يطأها لحديث أبي سعيد، وعنه لا يلزم الاستبراء إذا ملكها من طفل أو امرأة. المبدع (١٠٩/٧). قلت وهو مقتضى قواعد الشيخ تقي الدين قاله في الإنصاف (٣٣٠/٩).

فائدة: لو ملكتها امرأة من امرأة أخرى لم يجب استبراؤها على الصحيح من المذهب، وقد يقال هذا ظاهر كلام المصنف، وعنه يلزم استبراؤها. الإنصاف (٣٣١/٩).

(٢) قوله: «وإن أعتقها قبل إلخ» هذا المذهب وعليه الأصحاب، وعنه يحل نكاحها ولا يطأ حتى تستبرأ، فعلى المذهب لو خالف وعقد النكاح لم يصح على الصحيح لأن النكاح يراد للوطء وذلك حرام قال الحنفية له ذلك ويروى أن الرشيد اشترى جارية فأفتاه أبو يوسف بذلك. الشرح الكبير (٨٢/٥).

(٣) قوله: «ولها نكاح غيره إلخ» هذا إحدى الروايتين لأنها حرة لم تكن فراشًا فكان لها نكاح غير معتقها، وعنه ليس ذلك وهو المذهب على المصطلح. المبدع (١٠٩/٧).

فائدة: لو أراد السيد تزويج أمته قبل عتقها و لم يكن يطأها قبل ذلك فحكمه حكم ما لو أعتقها وأراد تزويجها و لم يكن يطأها على ما تقدم. الإنصاف (٣٣٢/٩).

(٤) قوله: «والصغيرة إلخ» وهما روايتان أحدهما لا يجب الاستبراء وهو المذهب وصححه المصنف في المغني والشرح وهو قول مالك لأن سبب الإباحة متحقق وليس على تحريمها دليل. والثانية يجب وهو ظاهر كلامه في أكثر الروايات عنه فإنه قال تستبرأ ولو كانت في المهد. انظر الشرح الكبير (٨٣/٥).

(٥) قوله: «وإن اشترى زوجته إلخ» هذا المذهب في ذلك كله. المبدع (١١٠/٧).

(٦) قوله: «وإن وجد الاستبراء إلخ» هذا المذهب لأن الملك ينتقل به. المبدع (١١١/٧).

فوائد: الأولى: وكيل البائع إذا وجد الاستبراء في يده كالبائع على الصحيح من المذهب. الإنصاف (٣٣٤/٩).

=

وإن كان قبله فعلى روايتين [1] وإن اشترى أمة مزوجة فطلقها الزوج قبل الدخول لزمه استبراؤها [2] وإن كان بعده لم يجب في أحد الوجهين[3]. الثاني: إذا وطئ أمته ثم أراد تزويجها لم يجز حتى يستبرئها[4] وإن أراد بيعها فعلى روايتين [5] وإن لم

الثانية: قال في المحرر ويجرى استبراء من ملكها بشراء أو وصية أو غنيمة أو غيرها قبل القبض، وعنه لا يجزئ. الإنصاف (٩/٣٣٤-٣٣٥).

الثالثة: لو حصل استبراء زمن الخيار ففي إجزائه روايتان. الإنصاف (٩/٣٣٥).

(١) قوله: «وإن باع أمته إلخ» أما إذا عادت إليه بعد القبض وافتراقهما لزمه استبراؤها لأنه تجديد ملك سواء كان المشتري لها رجلا أو امرأة، وإن كان ذلك قبل افتراقهما وقبل غيبة المشتري بالجارية فعليه الاستبراء أيضا في إحدى الروايتين وهو المذهب وهو مذهب الشافعي لأنه تجديد ملك، والثانية ليس عليه استبراء اختاره ابن عبدوس في تذكرته، وهو قول أبي حنيفة إذا تقايلا قبل القبض لأنه لا فائدة في الاستبراء مع يقين البراءة. الشرح الكبير (٥/٨٤).

(٢) قوله: «وإن اشترى أمة مزوجة إلخ» إذا كان قبل الدخول لزم استبراؤها بلا نزاع أعلمه ونص عليه، قال أحمد: هذه حيلة وضعها أهل الرأي، لابد من استبرائها لأنها تجدد الملك فيها. المبدع (٧/١١٢).

(٣) قوله: «وإن كان بعده إلخ» اكتفاء بالعدة وهو المذهب صححه في المغني والشرح. المبدع (٧/١١٢).

فائدة: مثل ذلك خلافًا ومذهبا لو اشترى أمة معتدة أو مزوجة فمات زوجها. الإنصاف (٩/ ٣٣٦).

(٤) قوله: «الثاني إذا وطئ أمته إلخ» فإن فعل لم ينعقد العقد هذا المذهب جزم به في المغني والشرح لأن الزوج لا يلزمه استبراء فيفضي إلى اختلاط المياه واشتباه الأنساب، وعنه يصح من غير استبراء فيصح العقد ولا يطأ الزوج حتى يستبرئ. انظر المبدع (٧/١١٢-١١٣).

(٥) قوله: «وإن أراد بيعها إلخ» إحداهما يجب وهو المذهب وصححه المصنف والشارح لأن عمر أنكر على عبد الرحمن بن عوف حين باع جارية له كان يطأها قبل استبرائها، ولأنه يجب على المشتري لحفظ مائه فكذلك البائع، ولأنه قبل الاستبراء مشكوك في صحة البيع وجوازه لاحتمال أن تكون أم ولد، والثانية لا يلزمه صححه في التصحيح واختاره ابن عبدوس وجزم به في الوجيز وقدمه في المحرر لأنه يجب على المشتري فأغنى عن البائع، قال في المغني وذكر عن أصحابنا الروايتين في كل أمة يطأها من غير تفريق بين الآيسة وغيرها، والأولى أنه لا يجب في الآيسة لأن علة الوجوب احتمال الحمل وهو بعيد انتهى، فعلى الأول لو خالف وباعها صح على الصحيح من =

يطأها لم يلزمه استبراؤها في الموضعين [1]، الثالث: إذا أعتق أم ولده أو أمة كان يصيبها أو مات عنها لزمها استبراء نفسها [2] إلا أن تكون مزوجة أو معتدة فلا يلزمها استبراء[3] وإن مات زوج أم ولد أو سيدها و لم يعلم السابق منهما وبين موهما أقل من شهرين وخمسة أيام لزمها بعد موت الآخر منهما عدة الحرة من الوفاء حسب، وإن كان بينهما أكثر من ذلك أو جهلت المدة لزمها-بعد موت الآخر منهما-أطول الأمرين من عدة الحرة أو الاستبراء، وإن اشترك رجلان في وطء أمة لزمها استبراءان.

فصل

والاستبراء يحصل بوضع الحمل إن كانت حاملا أو بحيضة إن كانت ممن تحيض أو بمضي شهر إن كانت آيسة أو صغيرة، وعنه بثلاثة أشهر اختاره الخرقي، وإن ارتفع حيضها ما تدري ما رفعه فبعشرة أشهر نص عليه، وعنه في أم الولد إذا مات سيدها اعتدت أربعة أشهر وعشرا، والأول أصح.

((**من الوفاة حسب**)) حَسْبُ: مبني على الضم، لقطعه عن الإضافة، كـ ((قبلُ)) و((بَعْدُ)). قال الجوهري: كأنّك قلت: حسبي، أو وحسبك، فأضمرت، فلذلك لم تُنوّن، والله سبحانه وتعالى أعلم.

=

المذهب. المبدع (٧/١١٣).

(١) قوله: «وإن لم يطأها إلخ» هذا المذهب نقله جماعة عن أحمد لأنه قد حصل يقين براءتها منه. المبدع (٧/١١٣).

(٢) قوله: «الثالث إلخ» هذا بلا نزاع لأن كل واحدة منهما موطوءة وطئا له حرمة فلزمها استعلام براءة رحمها كالموطوءة بشبهة. المبدع (٧/١١٣).

(٣) قوله: «إلا أن تكون إلخ» وكذا لو فرغت عدتها من زوجتها فأعتقها وأراد تزويجها قبل وطئها بلا نزاع في ذلك لأنه أزال فراشه عنها قبل وجوب الاستبراء. وكذا لو أراد تزويجها أو استبرأ بعد وطئه ثم أعتقها أو باعها فأعتقها مشتر قبل وطئها. انظر المبدع (٧/١١٣).

كتاب الرضاع

يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، وإذا حملت المرأة من رجل يثبت منه نسب ولدها فثاب لها لبن فأرضعت به طفلاً صار ولدا لهما في تحريم النكاح وإباحة النظر والخلوة وثبوت المحرمية، وأولاده وإن سفلوا أولاد ولدهما وصارا أبويه وآباؤهما أجداده وجداته وأخوة المرأة وأخواتها أخواله وخالاته وأخوة الرجل وأخواته أعمامه وعماته، وتنتشر حرمة الرضاع من المرتضع إلى أولاده وأولاد أولاده وإن سفلوا فيصيرون أولادا لهما ولا تنتشر إلى من في درجته من إخوته وأخواته ولا من هو أعلى منه من آبائه وأمهاته وأعمامه وعماته وأخواله وخالاته فلا تحرم المرضعة على أبي المرتضع ولا أخيه ولا تحرم أم المرتضع ولا أخته على أبيه من الرضاع ولا أخيه وإن أرضعت بلبن ولدها من الزنا طفلا صار ولدا لها، وتحرم على الزاني تحريم المصاهرة و لم تثبت حرمة الرضاع في حقه في ظاهر قول الخرقي.

وقال أبو بكر تثبت، قال أبو الخطاب وكذلك الولد المنفي باللعان، ويحتمل أن لا يثبت حكم الرضاع في حق الملاعن بحال لأنه ليس بلبنه حقيقة ولا حكما.

وإن وطئ رجلان امرأة بشبهة فأتت بولد فأرضعت بلبنه طفلا صار ابنا لمن ثبت نسب المولود منه.

وإن ألحق بهما كان المرتضع ابنا لهما وإن لم يلحق بواحد منهما ثبت التحريم بالرضاع في حقهما.

وإن ثاب لامرأة لبن من غير حمل تقدم لم ينشر الحرمة نص عليه في لبن البكر، وعنه ينشرها ذكرها ابن أبي موسى والظاهر أنه قول ابن حامد، ولا ينشر الحرمة غير لبن المرأة فلو ارتضع طفلان من رجل أو بهيمة أو خنثى مشكل لم ينشر الحرمة، وقال ابن حامد يوقف أمر الخنثى حتى يتبين أمره.

كتاب الرضاع

الرَّضاع، والرِّضاع: مَصُّ الثَّدْي، بفتح الراء وكسرها، مصدر: رضَعَ الصبيُّ الثَّدْيَ بكسر الضاد وفتحها، حكاهما ابن الأعرابي.

وقال: الكسر أفصح.

فصل

ولا تثبت الحرمة بالرضاع إلا بشرطين:

أحدهما: أن يرتضع في العامين فلو ارتضع بعدهما بلحظة لم ....

وأبو عبيد في «المصنف» ويعقوب في «الإصلاح» يرضَع، ويرضع بالفتح مع الكسر، والكسر مع الفتح رَضْعًا، كفلْسٍ، وَرَضَعًا، كفَرِسٍ، ورضَاعًا ورِضاعًا، ورَضاعة، وَرِضَاعةً، ورَضِعًا، بفتح الراء وكسر الضَّادِ [1]، حكى السبعة ابن سيده والفراء في المصادر، وغيرهما.

قال المطرز في «شرحه» امرأةٌ مُرضِع: إذا كانت تُرضع ولدها ساعة بعد ساعة، وامرأة مُرضِعة: إذا كان ثديها في فَمِ ولدها.

قال ثعلب: فَمِنْ هاهنا جاء القرآن: ﴿ تَذْهَلُ كُلُّ مُرْضِعَةٍ عَمَّآ أَرْضَعَتْ ﴾ [الحج: ٢].

ونقل الجرمي عن الفراء: المُرْضِعةُ، الأم، والمُرْضِع: التي معها صبي ترضعه. والولد: رضِيع، ورَاضع، ورَضع، ومُرضِع: إذا أرضعته أمه.

«**وثبوت المحرمية**» المَحْرَمِيَّةَ: المراد بها: كون محرمًا لها، ويجوز لها السفر معه، كولدها النسيب، وقد تقدم ذكر المحرْم، والياء في «المحرميَّة» للنسب، نسبة إلى المحرم، أي: الهيئة المحرميَّة.

«**ثاب لامرأة**» أي: اجتمع لها لبن، من قولهم: ثاب الناس، أي: اجتمعوا.

«**في العامين**» واحدهما: عام، وهو: السَّنَةُ.

---

(١) انظر لسان العرب (٣/١٦٦٠) [مادة: رضع].

يثبت[1] الثاني: أن يرتضع خمس رضعات في ظاهر المذهب، وعنه ثلاث

---

(١) قوله: «ولا تثبت الحرمة بالرضاع إلا بشرطين أحدهما إلخ» هذا المذهب بلا ريب، هذا قول أكثر أهل العلم روي نحو ذلك عن عمر وعلي وابن عمر وابن مسعود وابن عباس وأبي هريرة وأزواج النبي ﷺ سوى عائشة وإليه ذهب الشعبي وابن شبرمة والأوزاعي والشافعي وأبو يوسف ومحمد وأبو ثور وهو رواية عن مالك وروي عنه أنه إذا زاد شهرًا جاز وروي شهران وقال أبو حنيفة يحرم الرضاع في ثلاثين شهرا لقوله تعالى: ﴿ وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا ﴾ ولم يرد بالحمل حمل الأحشاء لأنه يكون سنتين فعلم أنه أراد الحمل في الفصال، وقال زفر مدة الرضاع ثلاث سنين وكانت عائشة ترى رضاعة الكبير تحرم، ويروى هذا عن عطاء والليث وداود لما روي أن سهلة بنت سهيل قالت يا رسول الله إنا كنا نرى سالما ولدا فكان يأوي معي ومع أبي حذيفة في بيت واحد ويراني فضلا وقد أنزل الله فيهم ما علمت فكيف ترى فيه فقال لها النبي ﷺ : «أرضعيه» فأرضعته خمس رضعات فكان بمترلة ولدها ويدخل عليها وإن كان كبيرا وأبت ذلك أم سلمة وسائر أزواج النبي ﷺ أن يدخل عليهن بتلك الرضاعة واحد من الناس حتى يرضع في المهد وقلن لعائشة والله ما ندري لعلها رخصة من النبي ﷺ لسالم دون الناس رواه أبو داود والنسائي وغيرهما. وعن عائشة أن سهلة بنت سهيل بن عمرو جاءت إلى النبي ﷺ فقالت يا رسول الله إن سالما مولى أبي حذيفة معنا في بيتنا وقد بلغ ما يبلغ الرجال وعلم ما تعلم الرجال فقال أرضيعه تحرمي عليه رواه مسلم. واختار الشيخ تقي الدين ثبوت الحرمة بالرضاع إلى الفطام ولو بعد الحولين أو قبلهما فأناط الحكم بالفطام سواء كان قبل الحولين أو بعده واختار أيضا ثبوت الحرمة بالرضاع ولو كان المرتضع كبيرا للحاجة نحو كونه محرما لقصة سالم مولى أبي حذيفة ولنا قوله تعالى: ﴿ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾ وعن عائشة أن النبي دخل عليها وعندها رجل قاعد فسألها عنه فقالت هو أخي من الرضاعة فقال انظرن من إخوانكن فإنما الرضاعة من المجاعة متفق عليه، وعن أم سلمة مرفوعا لا يحرم من الرضاع إلا ما فتق الأمعاء وكان قبل الفطام رواه الترمذي وصححه ورواه الدارقطني والبيهقي عن عمر ورواه سعيد عن هشيم عن مغيرة عن إبراهيم بن عبد الله ورواه سعيد عن عمرو بن دينار عن ابن عباس ورواه الدارقطني والبيهقي عن ابن عباس قال البيهقي هذا هو الصحيح أنه موقوف ورواه ابن عدي وغيره من حديث الهيثم بن جميل عن ابن عيينة عن عمرو بن دينار عن ابن عباس مرفوعا: «لا يحرم من الرضاع إلا ما كان في الحولين» والهيثم ثقة حافظ وثقه أحمد وإبراهيم الحربي والعجلي وابن حبان وغيرهم، فعلى هذا يتعين خبر أبي حذيفة على أنه خاص له دون الناس كما قاله سائر أزواجه ﷺ ، وقول أبي حنيفة تحكم يخالف ظاهر الكتاب وقول الصحابة. الشرح الكبير (٥/٩٤-٩٥).

فائدة: لو أكرهت على الرضاع ثبت حكمه ذكره القاضي في الجامع محل وفاق. انظر الإنصاف (٩/٣٤٩).

يحرمن وعنه واحدة[1]، ومتى أخذ الثدي فامتص منه ثم تركه أو قطع عليه فهي رضعة فمتى عاد في رضعة أخرى بعد ما بينهما أو قرب وسواء تركه شبعا أو لأمر يلهيه أو لانتقاله من ثدي إلى غيره أو من امرأة إلى غيرها[2] ، وقال ابن حامد إن لم يقطع باختياره فهما رضعة إلا أن يطول الفصل بينهما، والسعوط والوجور كالرضاع في إحدى ....

((**أو لأمر يلهيه**)) بضم الياء، أي: يشغله. يقال: لهيت عن الشيء بكسر الهاء، وألهاني غيري.
((**والسعوط والوجور**)) السَّعوط: تقدم فيما يفسد الصوم، والوجور، بفتح الواو: الدواء يوضع في الفم، وقال الجوهري: في وسط الفم، تقول: وجرت الصبيَّ، وأوجَرْتُهُ ويقال لكل واحد من الوَجور[3]، والسَّعُوط: النّشُوعُ بالعين المهملة والغين المعجمة، حكاهما أبو عثمان، وشيخنا ابن مالك في كتاب ((وفاق الاستعمال)).

---

(١) قوله: ((الثاني إلخ)) الذي يتعلق به التحريم خمس رضعات وهو المذهب بلا ريب قال المصنف والشارح هذا الصحيح من المذهب قال المجد في محرره وغيره هذا المذهب، وروي هذا عن عائشة وابن مسعود وابن الزبير وعطاء وطاوس وهو قول الشافعي، وعنه أن قليل الرضاع يحرم كما يحرم كثيره وروي ذلك عن علي وابن عباس وبه قال سعيد بن المسيب والحسن ومكحول والزهري وقتادة والحكم وحماد ومالك والأوزاعي والثوري والليث وأصحاب الرأي وزعم الليث أنه إجماع واحتجوا بقوله تعالى: ﴿ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ ﴾ وقوله ﷺ يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، وعن عقبة بن الحارث أنه تزوج أم يحيى بنت أبي إهاب فجاءت أمة سوداء فقالت قد أرضعتكما فذكر ذلك للنبي ﷺ فقال وكيف وقد زعمت أن قد أرضعتكما متفق عليه. وعنه ثلاث يحرمن وبه قال أبو ثور وأبو عبيد وداود وابن المنذر لقوله ﷺ لا تحرم المصة ولا المصتان وفي لفظ لا تحرم الإملاجتان رواه مسلم، ولنا ما روي عن عائشة أنها قالت: أنزل في القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن فنسخ من ذلك خمس وصار إلى خمس رضعات فتوفي رسول الله ﷺ والأمر على ذلك، رواه مسلم، ورواه مالك عن الزهري عن عروة عن عائشة عن سهلة بنت سهيل أرضعي سالما خمس رضعات، والآية فسرتها السنة وثبتت الرضاعة المحرمة وصريح ما رويناه يخص مفهوم ما رواه فنجمع بين الأخبار بحملها على الصحيح الذي رويناه. انظر الشرح الكبير (٩٦/٥)، المبدع (١٢٤/٧).

(٢) قوله: ((ومتى أخذ الثدي إلى قوله أو من امرأة إلى غيرها)) وهذا المذهب في ذلك كله والمرجع في صفة الرضعة إلى العرف لأن الشرع ورد بها مطلقا و لم يحدها بزمن ولا مقدار فدل على أنه ردهم إلى العرف. المبدع (١٢٥/٧).

(٣) انظر/ لسان العرب (٤٧٧١/٦) (وجور).

الروايتين[1] ويحرم لبن الميتة[2] واللبن المشوب ذكره الخرقي[3] وقال أبو بكر

«واللبن المشوب» أي: المخلوط، شاب الشيء شوبًا: خلطه، فهو مشوب، كمقُول.

---

(١) قوله: «والسعوط إلخ» وهذا المذهب وعليه أكثر الأصحاب منهم الخرقي والقاضي وأصحابه والمصنف وغيرهم وهو قول الشافعي والثوري وأصحاب الرأي وبه قال مالك في الوجور. والوجور أن يصب اللبن في حلقه من غير الثدي والسعوط أن يصب في أنفه اللبن من إناء أو غيره، والرواية الثانية لا يثبت التحريم بهم وهو اختيار أبي بكر ومذهب داود وقال عطاء الخراساني في السعوط ليس هذا برضاع، ولنا ما روى ابن مسعود عن النبي ﷺ قال لا رضاع إلا ما أنشز العظم وأنبت اللحم رواه أبو داود وغيره ولأن هذا يصل إليه اللبن كما يصل بالارتضاع. الشرح الكبير (٥/٩٧).

تنبيه: الذي يحرم من ذلك كالذي يحرم من الرضاع على الخلاف. الشرح الكبير (٥/٩٧).

(٢) قوله: «ويحرم لبن الميتة» هذا المذهب نص عليه وهو قول أبي ثور والأوزاعي وابن القاسم وأصحاب الرأي وابن المنذر وقال أبو بكر الخلال لا ينشر الحرمة وتوقف عنه أحمد في رواية مهنا وهو مذهب الشافعي لأنه لبن ممن هو ليس بمحل للولادة، ولنا أنه وجد الرضاع على وجه ينبت اللحم وينشر العظم من امرأة فأثبت التحريم كحال الحياة. الشرح الكبير (٥/٩٨).

(٣) قوله: «واللبن المشوب إلخ» هذا المذهب قال الفروع فيحرم لبن شيب بغيره على الأصح واختاره القاضي والشريف والمصنف والشارح وغيرهم، والمشوب المختلط بغيره، قال الشارح: وسواء اختلط بطعام أو شراب أو غيره في قول الخرقي وبه قال الشافعي، وقال أبو بكر قياس قول أحمد أنه لا يحرم وقال ابن حامد إن غلب اللبن حرم وإلا فلا وهو قول أبي ثور والمزني لأن الحكم للأغلب ولأنه يزول بذلك الاسم والمعنى المراد به، ونحوه قول أصحاب الرأي وزادوا فقالوا إن كانت النار مست اللبن حتى أنضجت الطعام أو حتى تغير فليس برضاع ووجه الأول أن اللبن متى كان ظاهرًا فقد حصل شربه ويحصل به إنبات اللحم وإنشاز العظم فحرم وهذا فيما إذا كانت صفات اللبن باقية فأما إن صب في ماء كثير لم يتغير به لم يثبت به التحريم لأن هذا ليس بمشوب ولا يحصل به التغذي وحكي عن القاضي أن التحريم يثبت به وهو قول الشافعي لأن أجزاء اللبن حصلت في بطنه. انظر الشرح الكبير (٥/٩٨).

فائدة: إذا حلب من نسوة وسقى الصبي فهو كما لو رضع من كل واحدة منهن. الشرح الكبير (٥/٩٩).

فائدة: إذا عمل اللبن جبنا ثم أطعمه الصبي ثبت به التحريم وبه قال الشافعي قال أبو حنيفة لا يحرم لزوال الاسم. المبدع (٧/١٢٧).

على قوله: «والحقنة لا تنشر الحرمة نص عليه» وهو المذهب. انظر الإنصاف (٩/٣٥٤).

لا يثبت التحريم بهما وقال ابن حامد إن غلب اللبن يحرم، والحقنة لا تنشر الحرمة نص عليه، وقال ابن حامد تنشرها.

فصل

وإذا تزوج كبيرة ولم يدخل بها وثلاث صغائر فأرضعت الكبيرة إحداهن في الحولين حرمت الكبيرة على التأبيد وثبت نكاح الصغرى وعنه ينفسخ نكاحها، وإن أرضعت اثنتين منفردتين انفسخ نكاحهما على الرواية الأولى وعلى الثانية ينفسخ نكاح الأولى ويثبت نكاح الثانية، وإن أرضعت الثلاث متفرقات انفسخ نكاح الأوليين وثبت نكاح الثالثة على الرواية الأولى، وعلى الثانية ينفسخ نكاح الجميع، فإن أرضعت إحداهن منفردة واثنتين بعد ذلك انفسخ نكاح الجميع على الروايتين وله أن يتزوج من شاء من الأصاغر، وإن كان دخل بالكبرى حرم الكل عليه على الأبد، كل امرأة تحرم ابنتها عليه كأمه وجدته وأخته وربيبته إذا أرضعت طفلة حرمتها عليه وفسخت نكاحها منه إن كانت زوجته.

فصل

وكل من أفسد نكاح امرأة برضاع قبل الدخول فإن الزوج يرجع عليه بنصف مهرها الذي يلزمه لها[1] وإن أفسدت نكاح نفسها سقط مهرها[2] وإن كان بعد الدخول وجب لها مهرها ولم يرجع به على أحد[3] وذكر

---

(١) قوله: «وكل من أفسد نكاح امرأة برضاع قبل الدخول إلخ» هذا بلا نزاع. المبدع (٧/ ١٣٠-١٣١)، الإنصاف (٩/٣٥٦).

(٢) قوله: «وإن أفسدت نكاح نفسها إلخ» أي أفسدته قبل الدخول وهذا بلا نزاع لأن فسخ نكاحها بسبب من جهتها فسقط صداقها كما لو ارتدت، وبهذا قال مالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافا. الشرح الكبير (٥/١٠١).

(٣) قوله: «وإن كان بعد الدخول إلخ» يعني إذا أفسده غيرها ولم يرجع به على أحد، وهذا اختيار المصنف والمجد في محرره وصاحب الحاوي وجزم به في الوجيز والمنور وهو قول بعض أصحاب الشافعي لأنه لم يقرر على الزوج شيئا ولم يلزمه إياه فلم يرجع عليه بشيء كما لو أفسدت نكاح نفسها. الشرح الكبير (٥/١٠١-١٠٢).

القاضي أنه يرجع به أيضا ورواه عن أحمد[1] ولو أفسدت نكاح نفسها لم يسقط مهرها بغير خلاف في المذهب[2] فإذا أرضعت امرأته الكبرى الصغرى فانفسخ نكاحهما فعليه نصف مهر الصغرى يرجع به على الكبرى ولا مهر للكبرى إن كان لم يدخل بها[3] وإن كان دخل بها فعليه صداقها وإن كانت الصغرى هي التي دبت إلى الكبرى وهي نائمة فارتضعت منها فلا مهر لها ويرجع عليها بنصف مهر الكبرى إن كان لم يدخل بها أو بجميعه إن كان دخل بها على قول القاضي[4] ، وعلى ما اخترناه لا يرجع بعد الدخول بشيء،

---

(١) قوله: «وذكر القاضي إلخ» أي نص عليه أحمد وهو المذهب وهو مذهب الشافعي لأن المرأة تستحق المهر كله على زوجها فيرجع بما لزمه كنصف المهر في غير المدخول بها. المبدع (١٣١/٧).

(٢) قوله: «ولو أفسدت نكاح نفسها» أي بعد الدخول لم يسقط لا نعلم فيه خلافا كما لو ارتدت ولأن المهر استقر بالدخول والمستقر لا يسقط بعد استقراره ولا يرجع عليها الزوج بشيء إذا كان أداه إليها. المبدع (١٣٢/٧). قال في الإنصاف قلت لو خرج السقوط من المنصوص في التي قبلها لكان متجها، وحكي في الفروع عن القاضي أنها إذا أفسدت نكاح نفسها يلزم الزوج نصف المسمى وهو قول في الرعاية ثم رأيته في القواعد حكي أنه اختيار الشيخ تقي الدين انتهى. الإنصاف (٣٥٧/٩).

فائدة: قال في القاعدة الرابعة والخمسين بعد المائة خروج البضع من الزوج هل هو متقوم أم لا بمعنى أنه هل يلزم المخرج له قهرًا ضمانه للزوج بالمهر؟ فيه قولان في المذهب ويذكر أن روايتين عن أحمد وأكثر الأصحاب كالقاضي ومن بعده يقولون ليس بمتقوم وخصوا هذا الخلاف بمن عدا الزوجة فقالوا لا تضمن للزوج شيئا بغير خلاف، واختيار الشيخ تقي الدين أنه متقوم عليها أيضا وحكاه قولا في المذهب ويتخرج على هذه المسألة جميع المسائل التي يحصل بها الفسخ.

(٣) قوله: «وإن أرضعت امرأته الكبرى إلخ» هذا بلا نزاع لأنها هي التي تسببت في انفساخ نكاحه. المبدع (١٣٢/٧)، الإنصاف (٣٥٨/٩).

فائدة: حيث أفسد نكاح المرأة فلها الأخذ ممن أفسده على الصحيح من المذهب نص عليه، وقال الشيخ تقي الدين متى خرجت منه بغير اختياره بإفسادها أو لا أو بيمينه لا تفعل شيئا ففعلته فله مهره وذكره رواية كالمفقود لأنها استحقت المهر بسبب هو تمكينها من وطئها وضمنته بسبب هو إفسادها واحتج بالمختلعة التي تسببت إلى الفرقة. انظر الإنصاف (٣٥٨/٩).

(٤) على قوله: «إن كان دخل بها على قول القاضي» وهو المذهب المنصوص. انظر =

ولو كان لرجل خمس أمهات أولاد لهن لبن منه فأرضعن امرأة له صغرى كل واحدة منهن رضعة حرمت عليه في أحد الوجهين ولم تحرم أمهات الأولاد، ولو كان له ثلاث نسوة لهن لبن منه فأرضعن امرأة له صغرى كل واحدة رضعتين لم تحرم المرضعات، وهل تحرم الصغرى؟ على وجهين أصحهما تحرم وعليه نصف مهرها يرجع به عليهن على قدر رضاعهن يقسم بينهن أخماسًا، فإن كان لرجل ثلاث بنات امرأة لهن لبن فأرضعن ثلاث نسوة له صغارًا حرمت الكبرى وإن كان دخل بها حرم الصغار أيضا وإن لم يدخل بها فهل ينفسخ نكاح من كمل رضاعها أو لا؟ على روايتين. وإن أرضعن واحدة كل واحدة منهن رضعتين فهل تحرم الكبرى بذلك؟ على وجهين.

فصل

إذا طلق امرأته ولها منه لبن فتزوجت بصبي فأرضعته بلبنه انفسخ نكاحها منه وحرمت عليه وعلى الأول أبدا لأنها صارت من حلائل أبنائه ولو تزوجت الصبي أولا ثم فسخت نكاحه لعيب ثم تزوجت كبيرا فصار لها منه لبن فأرضعت به الصبي حرمت عليهما على الأبد.

فصل

وإذا شك في الرضاع أو عدده بنى على اليقين[1] وإن شهد به امرأة مرضية ببيض ثدياها، وذهب في ذلك إلى قول ابن عباس رضي الله عنهما

«**دبّت**» أي: مشت مشيًا رفيقًا، والغرض هنا: أنها دَبَّتْ منها بنفسها، مشيًا كان، أو زحفًا، أو حبوًا، أو غير ذلك.

«**من كمل رضاعها أولاً**» أوّلاً: بالتنوين لا غير.

«**امرأة مرضية**» أي: مَرْضِيٌّ دينُها، بحيث تقبل شهادتها، وقد يقال: مَرْضُوَّة على الأصل، والله أعلم.

=

الإنصاف (٣٥٨/٩).

(١) قوله: «وإذا شك في الرضاع إلخ» هذا بلا نزاع لأن الأصل عدمه والأصل عدم الرضاع المحرم. المبدع (١٣٧/٧).

ثبت بشهادتها[1]، وعنـــه أنها إن كانت مرضية استحلفت فإن كانت كاذبة لم يحل الحول حتى وإذا تزوج امرأة ثم قال قبل الدخول هي أختي من الرضـــاع انفسخ النكاح[2] فإن صدقته فلا مهر[3] وإن أكذبته فــلها نصف[4] المهر وإن قـــال ذلك بعد الدخول انفسخ النكـــاح ولهـــا المهر بكل حـــال[5] وإن كانت هـــي

(١) قوله: «وإن شهدت به امرأة مرضية إلخ» هذا المذهب وهو من مفرداته وبه قال طاوس والزهري والأوزاعي وابن أبي ذئب وسعيد بن عبد العزيز وعن أحمد لا يقبل إلا شهادة امرأتين وهو قول الحكم لأن الرجال أكمل من النساء ولا يقبل إلا شهادة رجلين فالنساء أولى، وقال عطاء والشافعي لا يقبل من النساء أقل من أربع لأن كل امرأتين كرجل وقال أصحاب الرأي لا يقبل فيه إلا رجلان أو رجل وامرأتان وروي ذلك عن عمر لقوله تعالى: ﴿ وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ ﴾ ولنا ما روى عقبة بن الحارث قال تزوجت أم يحيى بنت أبي إهاب فجاءت أمة سوداء فقالت قد أرضعتكما فأتيت النبي ﷺ فذكرت ذلك له فقال وكيف وقد زعمت ذلك متفق عليه، وفي لفظ رواه النسائي قال فأتيته من قبل وجهه فقلت إنها كاذبة فقال كيف وقد زعمت أنها قد أرضعتكما خل سبيلها، وهذا يدل على الاكتفاء بالمرأة الواحدة وقال الزهري فرق بين أهل أبيات في زمن عثمان بشهادة امرأة واحدة في الرضاع، ولأن هذه شهادة على عورة فيقبل فيه شهادة المنفردات كالولادة وعلى الشافعي أنه معنى يقبل فيه قول النساء المنفردات فيقبل فيه شهادة امرأة منفردة كالخبر ويقبل فيه شهادة المرضعة على نفسها لما ذكرنا من الخبر. انظر الشرح الكبير (١٠٦/٥).
على قوله: «حتى يبيض ثدياها» وهو قول إسحاق وقاله ابن عباس رضي الله عنهما. انظر الشرح الكبير (١٠٦/٥).

(٢) قوله: «وإذا تزوج امرأة إلخ» أي وحرمت عليه لأنه أقر بما يتضمن تحريمها عليه كما لو أقر بالطلاق ثم رجع أو أقر أن أمته أخته من النسب ولو ادعى خطأ وهذا في الحكم، فأما فيما بينه وبين الله تعالى فإن علم أن الأمر كذلك فهي محرمة عليه وإن علم كذب نفسه فالنكاح باق بحاله. المبدع (١٣٨/٧).

(٣) قوله: «فإن صدقته إلخ» أي لأنهما اتفقا على أن النكاح باطل من أصله كما لو ثبت ببينة. المبدع (١٣٨/٧).

(٤) قوله: «وإن كذبته إلخ» أي يقبل قولها لأن قوله غير مقبول عليها في إسقاط حقوقها وتحريمها عليه حق له فقبل ولها نصف المهر لأنها فرقة قبل الدخول. المبدع (١٣٨/٧). قال في الإنصاف: بلا نزاع أعلمه يعني فيما تقدم من المسائل. الإنصاف (٣٦٤/٩).

(٥) قوله: «وإن قال ذلك بعد الدخول إلخ» يعني إذا تزوج امرأة وقال بعد الدخول هي أختي من

التي قالت هو أخي من الرضاع فأكذبها فهي زوجته في الحكم[1] ولو قال الزوج هي ابنتي من الرضاع وهي في سنه أو أكبر منه لم تحرم لتحققنا كذبه[2] ولو تزوج امرأة لها زوج من لبن كان قبله فحملت منه و لم يزد لبنها فهو للأول[3] وإن زاد لبنها فأرضعت به طفلا صار ابنا لهما[4] وإن انقطع لبن الأول

= الرضاع فإن النكاح ينفسخ والصحيح من المذهب أن لها المهر سواء صدقته أو كذبته، وهو معنى قول المصنف ولها المهر بكل حال، لأنه استقر بالدخول، وهذا ما لم تطاوعه عالمة بالتحريم، وقيل يسقط بتصديقها له قال في الفروع ولعل مراده يسقط المسمى فيجب مهر المثل لكن قال في الروضة لا مهر لها عليه، وقال ابن حمدان بل يجب لها مهر المثل مع جهلها بالتحريم. المبدع (١٣٨/٧).

تنبيه: محل هذا في الحكم أما فيما بينه وبين الله تعالى فينبني ذلك على علمه وتصديقه فإن علم أن الأمر كما قال فهي محرمة عليه وإن علم كذب نفسه فالنكاح بحاله وإن شك في ذلك لم يزل عن اليقين بالشك، وهذا المذهب. الإنصاف (٣٦٤/٩).

(١) قوله: «وإن كانت إلخ» هذا بلا نزاع لأنه لا يقبل قولها في فسخ النكاح لأنه حق له عليها لكن إن كان قوله قبل الدخول فلا مهر لها وإن كان بعد الدخول فإن أقرت بأنها كانت عالمة بأنها أخته وبتحريمها عليه وطاوعته في الوطء فلا مهر لها أيضا وإن أنكرت شيئا من ذلك فلها المهر لأنه وطء بشبهة وهي زوجته في ظاهر الحكم وفيما بينها وبين الله تعالى فإن علمت صحة ما أقرت به لم يحل لها مساكنته ولا تمكينه من وطئها وعليها أن تفر منه وتفتدي نفسها كما قلنا في التي علمت أن زوجها طلقها ثلاثا وأنكر. وينبغي أن يكون الواجب لها من المهر بعد الدخول أقل الأمرين من المسمى أو مهر المثل . انظر المبدع (١٣٨/٧-١٣٩).

(٢) قوله: «ولو قال الزوج إلخ» هذا بلا نزاع وإن احتمل أن تكون ابنته فكما لو قال هي أختي من الرضاعة على ما تقدم. المبدع (١٣٩/٧).

فائدة: إذا ادعى أن زوجته أخته من الرضاع فأنكرته فشهد بذلك أمه أو ابنته لم يقبل لأنها شهادة الوالد لولده وإن شهدت أمها أو ابنتها قبلت على الصحيح من المذهب، وإن ادعت ذلك المرأة وكذبها فشهدت به أمها أو ابنتها لم يقبل وإن شهدت به أمه أو ابنته قبل على الصحيح من المذهب. المبدع (١٣٩/٧-١٤٠).

(٣) قوله: «ولو تزوج رجل امرأة إلخ» هذا بلا نزاع وكذا لو زاد قبل أوانه لأن اللبن إذا بقي بحاله لم يتغير بزيادة ولا نقص و لم تلد من الثاني فهو للأول لأن اللبن كان له والأصل بقاؤه، وعلم منه أنها إذا لم تحمل من الثاني فهو للأول مطلقا، وأنها إذا ولدت من الثاني فاللبن له خاصة إجماعًا. المبدع (١٤٠/٧).

(٤) قوله: «وإن زاد لبنها إلخ» أي زاد في أوانه، وهذا بلا نزاع كما لو كان الولد منهما لأن =

ثم تـــاب بحملــها مـــن الـــثاني فكذلك عند أبي بكر، وعند أبي الخطاب ﷺ هو ابن الثاني وحده [1].

=

زيادته عند حدوث الحمل ظاهر في أنه منه وبقاء لبن الأول يقتضي كون أصله منه فيجب أن يضاف إليهما. المبدع (٧/١٤٠).

(١) قوله: «وإن انقطع لبن الأول إلخ» المذهب ما قاله أبو بكر يعني أنه يصير ابنا لهما كما لو لم ينقطع، وما قاله أبو الخطاب جزم به في الوجيز والمنور ومنتخب الأدمي. المبدع (٧/١٤٠)، وقال في الإنصاف: وهو الصواب الإنصاف (٩/٣٦٦)، لأن لبن الأول انقطع فزال حكمه بانقطاعه وحدث بالحمل من الثاني فكان له لو لم يكن لها لبن من الأول وإن لم يزد و لم ينقص من الأول حتى ولدت فإنه يكون لهما على الصحيح من المذهب نص عليه، وذكر المصنف أنه للثاني كما لو زاد جزم به في الكافي والمغني والشرح وذكره ابن المنذر إجماعًا. انظر المبدع (٧/١٤٠).

كتاب النفقات

تجب على الرجل نفقة امرأته ما لا غنى لها عنه [١] وكسوتها بالمعروف ومسكنها بما يصلح لمثلها[٢] وليس ذلك مقدرًا لكنه معتبر بحال الزوجين[٣].

كتاب النفقات

وهي جمع نَفَقَة، والنَّفَقَةُ: الدراهم، ونحوها من الأموال، وتجمع على نِفاق أيضًا، كثَمَرَةٍ وثِمارٍ، وسميت بذلك إمّا لشبهها بذهابِها بالموت، وإما لِرَوَاجِها، من نفقت السوق، وإمّا نفق المبيع: كثُرُ طُلاّبه.

«ما لا غنى لها عنه» يقال: غِنِيَ عن الشيء غنى: استغنى عنه. والغَناء: بالفتح

---

(١) قوله: «تجب على الرجل نفقة امرأته إلخ» هذا بالإجماع، وسنده قوله تعالى: ﴿ لِيُنفِقۡ ذُو سَعَةٖ مِّن سَعَتِهِۦ ﴾ الآية، ومعنى قدر ضيق وقوله تعالى: ﴿ قَدۡ عَلِمۡنَا مَا فَرَضۡنَا عَلَيۡهِمۡ فِيٓ أَزۡوَٰجِهِمۡ ﴾ الآية، وقوله ﷺ : «اتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولهن عليكم نفقتهن وكسوتهن بالمعروف» رواه مسلم، وقوله ﷺ : «ألا وحقهن عليكم أن تحسنوا إليهن في نفقتهن وكسوتهن وطعامهن» رواه الترمذي وصححه. المبدع (١٤١/٧).

(٢) قوله: «وكسوتها إلخ» أي إذا سلمت نفسها إليه على الوجه الواجب فلها عليه جميع حاجتها من مأكول ومشروب وملبوس ومسكن لأنه تعالى أوجب المسكن للمطلقة بقوله تعالى: ﴿ أَسۡكِنُوهُنَّ مِنۡ حَيۡثُ سَكَنتُم مِّن وُجۡدِكُمۡ ﴾ فيجب لمن هي في صلب النكاح بطريق الأولى. المبدع (١٤٢/٧).

(٣) قوله: «وليس ذلك مقدرًا إلخ» هكذا ذكر أصحابنا وقال أبو حنيفة ومالك: يعتبر حال المرأة على قدر كفايتها لقوله تعالى: ﴿ وَعَلَى ٱلۡمَوۡلُودِ لَهُۥ رِزۡقُهُنَّ وَكِسۡوَتُهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِ ﴾ المعروف الكفاية، وقال ﷺ لهند: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف» متفق عليه فاعتبر كفايتها دون حال زوجها وقال الشافعي الاعتبار بحال الزوج وحده لقوله تعالى: ﴿ لِيُنفِقۡ ذُو سَعَةٖ مِّن سَعَتِهِۦ ﴾ الآية، ولنا أن فيما ذكرناه جمعا بين الدليلين وعملا بكلا النصين ورعاية لكلا الجانبين فكان أولى. الشرح الكبير (١١٠/٥).

فائدة: النفقة مقدرة بالكفاية وتختلف باختلاف من تجب له النفقة في مقدارها وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي، وقال القاضي هي مقدرة بمقدار لا يختلف في الكثرة والقلة والواجب رطلان من الخبز في كل يوم في حق الموسر والمعسر اعتبارا بالكفارات. وقال الشافعي نفقة الفقير مد بمد النبي ﷺ وعلى الموسر مدان وعلى المتوسط مد ونصف، ولنا قوله ﷺ لهند: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف» وقوله ﷺ : «ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف» . انظر الشرح الكبير (١١٠/٥-١١١).

فإذا تنازعا فيها رجع الأمر إلى الحاكم[1] فيفرض للموسرة تحت الموسر قدر كفايتها من أرفع خبز البلد وأدمه الذي جرت عادة أمثالهما بأكله وما تحتاج إليه من الدهن وما يكتسى مثلها من جيد الكتان والقطن والخز والإبريسم وأقله قميص وسراويل ووقاية ومقنعة ومداس وجبة في الشتاء وللنوم الفراش واللحاف والمخدة والزلي للجلوس ورفيع الحصر. وللفقيرة تحت الفقير قدر كفايتها من أدنى خبز البلد وأدمه ودهنه وما تحتاج إليه من الكسوة مما يلبسه أمثالهما وينامون فيه ويجلسون عليه، وللمتوسطة تحت المتوسط أو إذا كان أحدهما موسرًا والآخر معسرا ما بين ذلك كل على حسب عادته. وعليه ما يعود بنظافة المرأة من الدهن والسدر وثمن الماء. ولا تجب الأدوية وأجرة الطبيب فأما الطيب والحنا والخضاب ونحوه فلا يلزمه إلا أن يريد منها التزين به، وإن احتاجت إلى من يخدمها لكون مثلها لا تخدم نفسها أو لمرضها لزمه ذلك فإن كان لها وإلا أقام لها خادمًا إما بشراء أو كراء أو عارية ويلزمه نفقته بقدر نفقة الفقيرين إلا في النظافة، ولا يلزمه أكثر من نفقة خادم واحد فإن قالت أنا أخدم نفسي وآخذ ما يلزمك لخادمي لم يكن لها ذلك. وإن قال أنا أخدمك فهل يلزمها قبول ذلك؟ على وجهين.

والمد: الكفاية، وبالكسر والمد، من الصوت، يقال: غنّ يغني أُغنية وغِنَاءً، فيجب على الرجل أن يُنفق على امرأته ما لا تستغني عنه، وذلك بالكسر والقصر.

«**وأُدمه**» الأدم: بضم الهمزة، والإدام: ما يُؤتدم به، تقول: أَدَمْتَ الطعام وآدَمْتُهُ: إذا جعلت فيه إدامًا.

«**من جيد الكتان**» الكتَّان، بفتح الكاف: النبت المعروف، قال بعضهم: إنه فارسي معرب.

«**والخز والإبريسم**» الخز، قال أبو السعادات: الخز المعروف أولاً: ثياب تنسج من

---

(١) قوله: «فإن تنازعا فيها إلخ» فظاهره أنه يفرض لها كما جرت عادة الموسرين به في ذلك الموضع وهو الصواب. المبدع (١٤٢/٧)، الإنصاف (٣٦٩/٩).

صوف وإبريسم، وهي مباحة. والخز المعروف الآن: معمول كله من الإبريسم، فهو حرام على الرجال، والمراد هنا الأول، لأنه عطف عليه، فكأنه قال: من الإبريسم المصمت وغيره، فأما الإبريسم، فهو الحرير. قال أبو منصور: هو أعجمي معرب، بفتح الألف والراء، وقيل: بكسر الألف وفتح الراء، قال ابن الأعرابي: هو الإبريسم بكسر الهمزة والراء وفتح السين، قال: وليس في الكلام إفعيلل، ولكن إفعيلل، كإهليلج.

«**ووقاية ومقنعة، ومداس، وجبة للشتاء، وللنوم الفراش واللحاف والمخدة، والزلي**»، وقاية بكسر الواو، وهو ما يقي غيره، والمراد هنا: ما تضعه المرأة فوق المقنعة، وتسميها نساء زماننا: الطرحة.

«**وأما المقنعة**» فبكسر الميم: ما تتقنع به المرأة، وكذلك المقنع، قال الجوهري: والقناع أوسع من المقنعة. وأما المداس، فبفتح الميم مفعل، من داس يدوس، لكثرة الدوس عليه، كالمقبر لكثرة القبور فيه، ولو سلك به مسلك الآلات لكُسِر، كالمقص ونحوه. وأما الجبة، بضم الجيم، فالنوع المعروف من اللباس، والجمع: جباب. وأما الفراش: بكسر الفاء، فهو الفراش المعروف، وجمعه: فرش. وأما المخدة: فبكسر الميم، قال الجوهري: لأنها توضع تحت الخد. وأما الزلي: فبكسر الزاي واللام، والزلية: الطنفسة، وهي البساط من ا لصوف.

«**على حسب عادته**» بفتح الحاء والسين المهملتين، أي: على معدود عادته، وحسب: بمعنى محسوب، أي: معدود، كقَبَض: بمعنى مقبوض، يقال في المعدود: محسوب وحسب.

فصل

وعليه نفقة المطلقة الرجعية وكسوتها ومسكنها كالزوجة سواء[(١)]. وأما البائن بفسخ أو طلاق فإن كانت حاملا فلها النفقة والسكنى[(٢)] وإلا فلا شيء لها[(٣)] وعنه لها السكنى، فإن لم ينفق عليها بظنها حائلا ثم تبين أنها حامل

---

(١) قوله: «ويلزمه نفقة المطلقة الرجعية إلخ» هذا بلا نزاع لأنها زوجة بدليل قوله تعالى: ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ ﴾ ولأنها يلحقها الطلاق والظهار والإيلاء. المبدع (١٤٧/٧).

(٢) قوله: «فأما البائن بفسخ إلخ» إذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا إما أن يكون ثلاثا أو بخلع أو بانت بفسخ وكانت حاملا فلها النفقة والسكنى والكسوة وهذا المذهب بلا نزاع في المذهب وهو إجماع لقوله تعالى: ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ ﴾ إلى قوله: ﴿ وَإِن كُنَّ أُوْلَـٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ ﴾ وفي بعض أخبار فاطمة بنت قيس لا نفقة لك إلا أن تكوني حاملا ولأن الحمل ولده فيلزمه الإنفاق عليه ولا يمكنه الإنفاق عليه إلا بالإنفاق عليها، فعلى المذهب تستحق النفقة كل يوم تأخذها على الصحيح من المذهب نص عليه، وفيه وجه آخر أنها إذا وضعت استحقت ذلك لجميع مدة الحمل، قلت والأول أصح وهذا الاحتمال ضعيف لأن هذا الاحتمال مخالف لقوله تعالى: ﴿ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾. انظر المبدع (١٤٧/٧).

(٣) قوله: «وإلا فلا شيء لها» يعني وإن لم تكن حاملا فلا شيء لها وهذا المذهب وهو من مفرداته وهو قول علي وابن عباس وجابر وبه قال عطاء وطاوس والحسن وعمرو بن ميمون وعكرمة وإسحاق وأبو ثور وداود، وعنه لها السكنى خاصة وهو قول عمر وابن مسعود وابن عمر وعائشة وسعيد بن المسيب والقاسم وسالم والفقهاء السبعة ومالك والشافعي لقول الله تعالى: ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ ﴾ الآية فأوجب السكنى لهن مطلقا وعنه يجب لها النفقة والسكنى حكاها ابن الزغواني وغيره وقاله أكثر فقهاء العراق منهم ابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري والحسن بن صالح وأبو حنيفة وأصحابه والبتي والعنبري ويروى ذلك عن عمر وابن مسعود لأنها مطلقة فوجبت لها النفقة والسكنى كالرجعية وردوا خبر فاطمة بما روي عن عمر أنه قال لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امرأة وأنكرته عائشة وسعيد بن المسيب، ولنا ما روت فاطمة بنت قيس أن زوجها طلقها البتة وهو غائب فأرسل إليها وكيله بشعير فسخطته فقال: والله ما لك علينا من شيء، فجاءت رسول الله ﷺ فذكرت ذلك له فقال: ليس لك عليه نفقة ولا سكنى، فأمرها أن تعتد في بيت أم شريك متفق عليه وفي لفظ فقال رسول الله ﷺ : «انظري يا ابنة قيس إنما النفقة للمرأة على زوجها إذا كانت له عليها الرجعة فإذا لم يكن له عليها الرجعة فلا نفقة ولا سكنى» رواه أحمد والأثرم والحميدي، قال ابن عبدالبر من طريق الحجة وما يلزم منها قول أحمد بن

فعليه نفقة ما مضى[1] ، وإن أنفق عليها بظنها حاملا فبانت حائلا فهل يرجع عليها بالنفقة؟ على روايتين [2] وهل تجب النفقة للحامل لحملها أو لها من أجله؟ على روايتين[3] : إحداهما: أنها لها فتجب لها إذا كان أحد الزوجين رقيقا ولا تجب للناشز ولا للحامل من وطء شبهة أو نكاح فاسد، والثانية أنها للحمـــل فتجب لهؤلاء الثلاث

حنبل ومن تابعه أصح وأرجح لأنه ثبت عن النبي ﷺ نصا صريحا فأي شيء يعارض هذا إلا مثله عن النبي ﷺ الذي هو المبين عن الله مراده ولا شيء يدفع ذلك ومعلوم أنه أعلم بتأويل قول الله تعالى: ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم ﴾ وأما قول عمر ومن وافقه فقد خالفه علي وابن عباس وجابر ومن وافقهم والحجة معهم، ولو و لم يخالفه واحد منهم لما قبل قوله المخالف لقوله ﷺ فإن قوله ﷺ حجة على عمر وغيره و لم يصح عن عمر أنه قال لا ندع كتاب ربنا إلخ فإن أحمد أنكره وقال أما هذا فلا لأنه قال لا يقبل في ديننا قول امرأة وهذا يرده الإجماع على قبول المرأة في الرواية فقد أخذ بقول فريعة وهي امرأة وبخبر عائشة وأزواج النبي ﷺ . انظر الشرح الكبير (٥/١١٤-١١٦).

(١) قوله: «فإن لم ينفق عليها إلخ» هذا المذهب لأننا تبينا استحقاقها له. المبدع (٧/١٤٨).

(٢) قوله: «وإن أنفق عليها إلخ» إحداهما يرجع وهو المذهب أشبه ما لو قضاها دينا ثم تبين براءته منه. المبدع (٧/١٤٨).

فائدة: لو ادعت أنها حامل أنفق عليها ثلاثة أشهر على الصحيح من المذهب نص عليه ثم أريت القوابل بعد ذلك لأن الحمل يتبين وتظهر أماراته بعد ثلاثة أشهر إلا أن تظهر براءتها من الحمل بالحيض أو بغيره فتنقطع النفقة. المبدع (٧/١٤٩).

(٣) قوله: «وهل تجب النفقة للحامل إلخ» إحداهما هي للحمل وهو المذهب وعليه أكثر الأصحاب لأنها تجب بوجوده وتسقط بعدمه والثانية لها لأنها تجب مع الإعسار ولا تسقط بمضي الزمان وأوجبها الشيخ تقي الدين له ولها من أجله وجعلها كمرضعة له بأجرة، ولهذا الخلاف فوائد كثيرة منها ما ذكره المصنف ومنها لو غاب الزوج فهل تثبت النفقة في ذمته؟ فيه طريقان أحدهما البناء فعلى المذهب لا تثبت في ذمته وتسقط بمضي الزمان لأن نفقة الأقارب لا تثبت في الذمة، وعلى الثانية: تثبت ولا تسقط بمضي الزمان قال في القواعد على المشهور من المذهب. والطريق الثاني لا تسقط بمضي الزمان على كلا الروايتين وهي طريقة المصنف في المغني، ومنها لو مات الزوج وله حمل فعلى المذهب يلزم النفقة الورثة وعلى الثانية لا يلزمهم، ومنها لو كان الزوج معسرًا فعلى المذهب لا تجب لأن نفقة الأقارب مشروطة باليسار دون نفقة الزوجة وعلى الثانية تجب، ومنها لو دفع إليها النفقة فتلفت بغير تفريط فعلى المذهب يجب بدلها لأن ذلك حكم نفقة الأقارب وعلى الثانية لا. انظر الإنصاف (٩/٣٨١-٣٨٢).

ولا تجب لها إذا كان أحدهما رقيقًا، وأما المتوفى عنها فإن كانت حائلا فلا نفقة لها ولا سكنى [1] وإن كانت حاملا فهل لها ذلك؟ على روايتين [2].

«**سواء**» هو اسم مصدر بمعنى الاستواء، وهو منصوب على المصدر بفعل محذوف، والتقدير، والله أعلم: استوت الرجعية والزوجية في ذلك استواء، ويجوز الرفع على أنه خبر مبتدأ، أي: هما في ذلك سواء.

---

(١) قوله: «وأما المتوفى عنها إلخ» وهو المذهب قال في المبدع رواية واحدة لأن ذلك يجب للتمكين من الاستمتاع وقد فات، قال في الفروع وعنه لها السكنى اختارها أبو محمد الجوزي، وقال المصنف أيضا والشارح إن مات وهي في مسكنه قدمت به. المبدع (١٥٠/٧).

(٢) قوله: «وإن كانت حاملا إلخ» إحداهما لا نفقة لها ولا كسوة ولا سكنى وهو المذهب لأنه قد صار للورثة ونفقة الحامل وسكناها إنما هو للحمل أو لها من أجله ولا يلزم ذلك الورثة لأنه إن كان للميت ميراث فنفقة الحمل في نصيبه وإلا لم يلزم وارث الميت الإنفاق على حمل امرأته كما بعد الولادة، والثانية لها ذلك لأنها معتدة من نكاح صحيح أشبهت البائن في الحياة وبناهما ابن الزاغوني على أن النفقة هل هي للحمل أو لها من أجله؟ فإن قلنا للحمل وجبت من التركة كما لو كان الأب حيا وإن قلنا لها لم تجب، قال في القواعد وهذا لا يصح لأن نفقة الأقارب لا تجب بعد الموت، قال والأظهر أن الأمر بالعكس وهو أنا إن قلنا النفقة للحمل لم تجب لهذا المعنى وإن قلنا لها وجبت لأنها محبوسة على الميت. المبدع (١٥٠/٧)، الإنصاف (٣٨٦/٩).

على قوله: «وعليه دفع النفقة في صدر كل نهار» وهذا المذهب واختار الشيخ تقي الدين لا يلزمه تمليك بل ينفق ويكسو بحسب العادة فإن الإنفاق بالمعروف ليس هو التمليك. المبدع (١٥١/٧).

فصل

وعليه دفع النفقة إليها في صدر نهار كل يوم، إلا أن يتفقا على تأخيرها أو تعجيلها لمدة قليلة أو كثيرة فيجوز. وإن طلب أحدهما دفع القيمة لم يلزم الآخر ذلك وعليه كسوتها في كل عام، فإذا قبضتها فسرقت أو تلفت لم يلزمه عوضها[(١)] وإن انقضت السنة وهي صحيحة فعليه كسوة السنة الأخرى ويحتمل أن لا يلزمه[(٢)] وإن ماتت أو طلقها قبل مضي السنة فهل يرجع عليها بقسط بقية السنة؟ على وجهين. وإذا قبضت النفقة فلها التصرف فيها على وجه لا يضربها ولا ينهك بدنها، وإن غاب عنها مدة ولم يتفق فعليه نفقة ما مضى[(٣)] وعنه لا نفقة لها إلا أن يكون الحاكم قد فرضها لها.

فصل

وإذا بذلت المرأة تسليم نفسها إليه وهي ممن يوطأ مثلها أو يتعذر وطؤها بمرض أو حيض أو رتق ونحوه لزم زوجها نفقتها سواء كان الزوج صغيرا أو كبيرا يمكنه

«**ولا ينهك بدنها**» ينهك بفتح الياء، أي: لا يجهده، والله أعلم.

---

(١) قوله: «فإذا قبضتها إلخ» وهو المذهب لأنها تمليك. انظر المبدع (١٥٢/٧).

(٢) قوله: «وإذا انقضت السنة إلخ» هذا المذهب لأن الاعتبار بمضي الزمان والثانية لا يلزمه لأنها غير محتاجة. المبدع (١٥٢/٧).

(٣) قوله: «وإن غاب مدة إلخ» هذا المذهب وسواء تركها لعذر أو غيره لما روى الشافعي قال أخبرنا مسلم بن خالد عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر أن عمر كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم أن يأخذوهم بأن ينفقوا أو يطلقوا فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما حبسوا، ورواه البيهقي وبه قال الحسن والشافعي وابن المنذر، وعنه تسقط ما لم يكن الحاكم فرضها وهو مذهب أبي حنيفة واختاره في الإرشاد وهو ضعيف. المبدع (١٥٣/٧)، الشرح الكبير (١٢٠/٥، ١٢١).

فوائد: لو استدلت وأنفقت رجعت على زوجها مطلقا نقله أحمد بن هاشم. الإنصاف (٩/ ٣٩٢).

الثانية: لو أنفقت من ماله في غيبته فبان ميتا رجع عليها الوارث على الصحيح من المذهب، وعنه لا يرجع عليها. الإنصاف (٣٩٢/٩).

الثالثة: لو أكلت مع زوجها عادة أو كساها بلا إذن ولم يتبرع سقطت عنه مطلقا على الصحيح من المذهب. الإنصاف (٣٩٣/٩).

الوطء أو لا يمكنه كالعنين والمجبوب والمريض[1] وإن كانت صغيرة لا يمكن وطؤها لم تجب نفقتها ولا تسلمها ولا تسليمها إليه إذا طلبها[2] فإن بذلته والزوج غائب لم يفرض لها حتى يراسله الحاكم ويمضي زمن يمكن أن يقدم في مثله وإن منعت تسليم نفسها أو منعها أهلها فلا نفقة لها[3] إلا أن تمنع نفسها قبل الدخول حتى تقبض صداقها الحال فلها ذلك وتجب نفقتها[4] وإن كان بعد الدخول فعلى وجهين[5] بخلاف الآجل.

---

(١) قوله: «وإذا بذلت المرأة إلى قوله والمجبوب» هذا المذهب في ذلك كله لأن الاستمتاع ممكن ولا تفريط من جهتها، وعنه لا يلزمها إذا كان صغيرا وهو قول مالك لأنه لا يتمكن من الاستمتاع بها، ولنا أنها سلمت نفسها تسليما صحيحا فوجبت النفقة كما لو كان الزوج كبيرا ولأن الاستمتاع بها ممكن وإنما تعذر من جهته، وبما قلنا قال أبو حنيفة والشافعي. المبدع (١٥٤/٧).

(٢) قوله: «فإن كانت صغيرة إلخ» وهو المذهب وبه قال الحسن وبكر بن عبد الله المزني والنخعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وهو نص الشافعي وقال في موضع لو قبل النفقة كان مذهبا وهو قول الثوري لأن تعذر الوطء لم يكن بفعلها، ولنا أن النفقة تجب التمكين من الاستمتاع ولا يتصور ذلك مع تعذر الاستمتاع فلم تجب نفقتها كما لو منعها أولياؤها وبهذا يبطل ما ذكروه. الشروح الكبير (١٢٢/٥).

فائدة: لو زوج طفل بطفلة فلا نفقة لها على الصحيح من المذهب لعدم الموجب، وقيل بلى. الإنصاف (٣٩٤/٩).

(٣) قوله: «وإن منعت تسليم نفسها إلخ» هذا بلا نزاع وظاهر قوله أو منعها أهلها ولو كان باذلة للتسليم ولكن أهلها يمنعونها، وقال في الروضة فيه نظر قال في الإنصاف وهو الصواب، ولو بذلت تسليما غير تام بأن تقول أسلم إليك نفسي في منزلي دون غيره أو في المنزل الفلاني دون غيره لم تستحق شيئا إلا أن يكون ذلك قد اشترط في العقد لأنها لم تبذل التسليم الواجب. المبدع (١٥٦/٧).

(٤) قوله: «إلا أن تمنع نفسها قبل إلخ» هذا المذهب لأن هذا يفضي إلى تسليم منفعتها المعقود عليها بالوطء ثم لا يسلم صداقها فلا يمكنها الرجوع فيه فلهذا ألزمناه تسليم صداقها أولا. المبدع (١٥٦/٧).

(٥) قوله: «وإن كان بعده إلخ» أحدهما لا تملك المنع فلا نفقة لها إذا امتنعت وهو المذهب، كما لو سلم المبيع ثم أراد منعه منه، والوجه الثاني لها ذلك فتجب النفقة اختاره ابن حامد كما قبل الدخول. المبدع (١٥٦/٧).

تنبيه: قوله: «بخلاف الآجل» يعني أنها لا تملك نفسها إذا كان الصداق مؤجلا فلو فعلت لم يكن لها عليه نفقة وظاهره وسواء حل الأجل أو لا والصحيح أنه إذا لم يحل قبل الدخول فليس لها الامتناع فإن امتنعت لم يكن لها نفقة بلا نزاع، وإن حل قبل الدخول لم تملك

وإن سلمت الأمة نفسها ليلا ونهارًا فهي كالحرة[1] وإن كانت تأوي إليه ليلا وعند السيد نهارًا فعلى كل واحد منهما النفقة مدة مقامها عنده[2] وإذا نشزت المرأة[3] أو سافرت بغير إذنه [4] أو تطوعت بصوم أو حج أو أحرمت بحج منذور في الذمة فلا نفقة لها[5] ، وإن بعثها في حاجة، أو أحرمت بحجة الإسلام

«بخلاف الآجل» بمد الهمزة، وهو: ما كان له أجل يحل إليه.

ذلك على الصحيح من المذهب قدمه في الفروع وهو ظاهر كلام المصنف، وقيل لها الامتناع وتجب لها النفقة ويحتمله كلام المصنف. انظر الإنصاف (٩/٣٩٥).

(١) قوله: «وإن سلمت الأمة إلخ» إن كان زوج الأمة حرًا فنفقتها عليه للنص ولاتفاق أهل العلم على وجوب نفقة الزوجات على أزواجهن البالغين والأمة داخلة في عمومهن وإن كان زوجها مملوكا فالنفقة واجبة لزوجته لذلك قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن على العبد نفقة زوجته وهذا قول الشافعي والحكم وحماد وأصحاب الرأي إذا آواها بيتا فإذا ثبت وجوبها على العبد فهي على سيده لأن سيده أذن له في النكاح المفضي إلى إيجابها وعنه في كسب العبد وهو قول أصحاب الشافعي، وقال القاضي يتعلق برقبته كالجناية تباع فيها أو يفديه سيده وبه قال أصحاب الرأي. الشرح الكبير (٥/١٢٣-١٢٤).

(٢) قوله: «وإن كانت تأوي إليه ليلا إلخ» أي فيلزم الزوج نفقة الليل من العشاء وتوابعه كالوطاء والغطاء ودهن المصباح ونحو هذا وهذا المذهب وقيل تجب عليهما نصفين وكذا الكسوة قطعا للنزاع اختاره المصنف وهو أحد أقوال الشافعي وقال في الآخر لا نفقة لها على الزوج لأنها لم تمكن من نفسها في جميع الزمان. الشرح الكبير (٥/١٢٤).

(٣) قوله: «وإذا نشزت المرأة إلخ» هذا المذهب وهو قول عامة أهل العلم قال ابن المنذر لا نعلم أحدا خالف فيها إلا الحكم. المبدع (٧/١٥٧).

فائدة: تشطر النفقة لناشز ليلا فقط أو نهارًا لا بقدر الأزمنة، وتشطر النفقة لناشز بعض يوم على الصحيح من المذهب، وقيل تسقط كل نفقته. الإنصاف (٩/٣٩٧).

(٤) قوله: «أو سافرت إلخ» هذا المذهب لأنها ناشز وكذا إن انتقلت من منزلها بغير إذنه. المبدع (٧/١٥٨).

(٥) قوله: «أو تطوعت إلخ» هذا المذهب لما فيه من تفويت حقه، وقيل لا تسقط بصوم التطوع اختاره في الرعاية. المبدع (٧/١٥٨).

فائدتان: لو صامت لكفارة أو نذر أو لقضاء رمضان ووقته متسع بلا إذنه فلا نفقة لها على الصحيح من المذهب، وقيل لها النفقة في قضاء صوم رمضان. الإنصاف (٩/٣٩٨).

الثانية: لو حبست بحق أو ظلما فلا نفقة لها على الصحيح من المذهب، وقيل لها النفقة. انظر الإنصاف (٩/٣٩٨).

فلها النفقة [١]، وإن أحرمت بمنذور معين في وقته فعلى وجهين، وإن سافرت لحاجتها بإذنه فلا نفقة لها ذكره الخرقي ويحتمل أن لها النفقة[٢]، وإن اختلفا في نشوزها أو تسليم النفقة إليها فالقول قولها مع يمينها[٣] وإن اختلفا في بذل التسليم فالقول قوله مع يمينه[٤].

فصل

وإن أعسر الزوج بنفقتها أو ببعضها أو بالكسوة خيرت بين فسخ النكاح والمقام وتكون النفقة دينا في ذمته[٥]، فإن اختارت المقام ثم بدا لها الفسخ فلها ذلك [١]، وعنه

---

(١) قوله: «وإن بعثها في حاجة إلخ» هذا المذهب وعليه الأصحاب بشرط أن تحرم في الوقت من الميقات. المبدع (١٥٨/٧).

فائدة: لو سافرت لنزهة أو تجارة أو زيارة أهلها فلا نفقة لها وفيه احتمال.

(٢) قوله: «وإن سافرت لحاجتها إلخ» المذهب ما ذكره الخرقي. الإنصاف (٣٩٨/٩).

(٣) قوله: «وإن اختلفا في نشوزها إلخ» وهو المذهب لأن الأصل عدم ذلك واختار الشيخ تقي الدين في النفقة أن القول قول من يشهد العرف له. المبدع (١٥٩/٩).

(٤) قوله: «وإن اختلفا في بذل التسليم إلخ» بلا خلاف نعلمه لأنه منكر والأصل عدم التسليم، وكذا لو اختلفا في وقته فقالت كان من شهر قال بل من يوم. المبدع (١٥٩/٩).

(٥) قوله: «وإن أعسر الزوج إلخ» هذا المذهب مطلقا ونقله الجماعة عن أحمد وروي ذلك عن عمر وعلي وأبي هريرة وبه قال سعيد بن المسيب والحسن وعمر بن عبد العزيز وربيعة وحماد ومالك وعبد الرحمن بن مهدي والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وعنه لا تملك الفسخ بالإعسار وذهب عطاء والزهري وابن شبرمة وأبو حنيفة وصاحباه إلى أنها لا تملك فراقه بذلك ولكن يرفع يده عنها لتكتسب لأنه لا حق له عليها، ولنا قوله تعالى: ﴿ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ ﴾ وليس الإمساك مع عدم النفقة إمساكا بمعروف وروى سعيد عن سفيان عن أبي الزناد قال سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته أيفرق بينهما قال نعم قلت سنة قال سنة، وهذا ينصرف إلى سنة رسول الله ﷺ قال ابن المنذر ثبت أن عمر كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم أن ينفقوا أو يطلقوا فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما مضى، إذا ثبت هذا فإنه متى ثبت الإعسار بالنفقة على الإطلاق فللمرأة الفسخ من غير إنظار وهذا المذهب وهو أحد قولي الشافعي قال حماد بن أبي سليمان يؤجل سنة قياسا على العنين قال عمر بن عبد العزيز اضربوا له شهرا أو شهرين، وقال مالك الشهر ونحوه، وقال الشافعي في القول الآخر يؤجل ثلاثا لأنه قريب ولنا ظاهر حديث عمر ولأنه يثبت الفسخ ولم

ما يدل على أنها لا تملك الفسخ بالإعسار والمذهب الأول، وإن أعسر بالنفقة الماضية أو نفقة الموسر أو المتوسط أو الأدم أو نفقة الخادم فلا فسخ لها[٢] وتكون النفقة دينا في ذمته، وقال القاضي يسقط [٣]، وإن أعسر بالسكنى أو المهر فهل لها الفسخ؟

=

يرد الشرع بالإنظار ورفع الحاكم هنا فسخ قدمه في الفروع، وقال في الترغيب هو قول جمهور أصحابنا فيعتبر الرفع إلى الحاكم فإذا ثبت إعساره فسخ بطلبها أو فسخت بأمره ولا ينفذ بدونه على الصحيح من المذهب وقيل ظاهرًا وفي الترغيب ينفذ مع تعذره وقال في الرعاية وإن تعذر إذنه نفذ مطلقا، وقيل هذه الفرقة طلاق فعلى هذا يأمره الحاكم بطلبها بطلاق أو نفقة فإن أبى طلق عليه الحاكم فإن راجع فقيل لا يصح مع عسرته قلت فيعايا بها وقيل يصح وهو المذهب جزم به في المغني والشرح وغيرهما فإن راجع طلق عليه ثانية فإن راجع طلق عليه ثالثة. انظر الشرح الكبير (١٢٦/٥-١٢٧)، المبدع (١٥٩/٧-١٦٠).

(١) قوله: «فإن اختارت المقام إلخ» أي وتكون النفقة دينا في ذمته ثم إن بدا لها الفسخ أو تزوجت معسرًا عالمة بحاله راضية بعسرته وترك إنفاقه أو شرط أن لا ينفق عليها ثم عن لها الفسخ فلها ذلك وهذا المذهب وبه قال الشافعي، وقال القاضي ظاهر كلام أحمد أنه ليس لها الفسخ ويبطل خيارها في الموضعين وهو قول مالك واختاره صاحب الرعايتين وجزم به في الحاوي الصغير لأنها رضيت بعيبه ودخلت في العيب عالمة بعيبه فلم تملك الفسخ كما لو تزوجت عنينا عالمة به، ووجه الأول أن وجوب النفقة تجدد في كل يوم فيتجدد لها الفسخ ولا يصح إسقاط حقها فيما لم يجب لها كإسقاط شفعتها قبل البيع فعلى القول الأخير خيارها على الفور وقيل على التراخي وهو المذهب. الشرح الكبير (١٢٧/٥-١٢٨).

فائدة: لو قدر على التكسب أجبر عليه على الصحيح من المذهب. الإنصاف (٤٠٤/٩).

على قوله: «فإن اختارت المقام» مع عسرته لم يلزمها التمكين من الاستمتاع وليس له أن يحبسها. انظر المبدع (١٦٠/٩).

(٢) قوله: «وإن أعسر بالنفقة الماضية إلخ» وهو المذهب وقال ابن عقيل في التذكرة إن كانت ممن جرت عادتها بأكل الطيب ولبس الناعم لزمه ذلك، فإن كان معسرًا ملكت الفسخ إذا عجز عن القياس به وجزم به في الرعاية الكبرى فيهما وقال قلت فالأدم أولى. المبدع (١٦١/٧).

(٣) قوله: «وتكون النفقة إلخ» هذا المذهب وبه قال الشافعي لأنها نفقة على سبيل العوض فتثبت في الذمة، وقال القاضي تسقط أي الزيادة على نفقة المعسر أو المتوسط لأن كلام المصنف في ذلك وصرح به الأصحاب لأنها تسقط مطلقا. المبدع (١٦١/٧)، الشرح الكبير (١٢٨/٥).

على وجهين [(١)] ، وإن أعسر زوج الأمة فرضيت أو زوج الصغيرة والمجنونة لم يكن لوليهن الفسخ [(٢)] ويحتمل أن له ذلك[(٣)].

فصل

وإن منع النفقة أو بعضها مع اليسار وقدرت له على مال أخذت منه ما يكفيها ويكفي ولدها بالمعروف بغير إذنه لقول النبي ﷺ لهند حين قالت له إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني من النفقة ما يكفيني وولدي قال: «**خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف**» وإن لم تقدر أجبره الحاكم وحبسه فإن لم ينفق دفع النفقة إليها من ماله فإن غيبه وصبر على الحبس فلها الفسخ، وقال القاضي ليس لها ذلك[(٤)] وإن غاب ولم يترك لها نفقة ولم تقدر له على مال ولا الاستدانة عليه

---

(١) قوله: «وإن أعسر بالسكنى إلخ» أحدهما لها الفسخ وهو الصحيح لأنه لابد لها منه أشبه النفقة والكسوة واختاره ابن عقيل وجزم به في الوجيز والمنور والثاني لا فسخ جزم به في منتخب الأدمي وتذكرة ابن عبدوس، وأما إذا أعسر بالمهر ففيه وجهان أحدهما لها الفسخ مطلقا اختاره أبو بكر وغيره وجزم به في الوجيز وقدمه في المحرر لأنه أعسر بالعوض فكان لها الرجوع في المعوض والثاني ليس لها ذلك اختاره ابن حامد قال المصنف وهو أصح لأنه دين فلم يفسخ النكاح به كالنفقة الماضية ولأن تأخيره ليس فيه ضرر مجحف فأشبه نفقة الخادم لأنه لا نص فيه وجزم به الأدمي في منتخبه قال في الإنصاف وهو والصواب، وقيل إن أعسر قبل الدخول فلها الفسخ وإن كان بعده فلا قال الشارح وتبعه في التصحيح هذا المشهور في المذهب قال الناظم هذا أشهر وتقدم في آخر باب الصداق. المبدع (٧/١٦١)، الإنصاف (٩/٤٠٦، ٤٠٧).

(٢) قوله: «وإن أعسر زوج الأمة إلخ» هذا المذهب قال في الفروع لا فسخ في المنصوص لأنه حق للأمة فلم يملك سيدها الفسخ كالفسخ بالعيب، وكذا ولي الصغيرة والمجنونة لأنه فسخ لنكاحها فلم يملكه الولي. المبدع (٧/١٦٢).

(٣) قوله: «ويحتمل إلخ» لأن نفقة الأمة حق لها ولسيدها لكل واحد منهما إسقاطها لما في ذلك من الإضرار فعلى هذا إن أعسر الزوج فلها الفسخ كالحرة وإن لم تفسخ فقال القاضي لسيدها الفسخ لأن عليه ضررا في عدمها ولأنه في حق الصغيرة والمجنونة فسخ لفوات العوض فملكه كفسخ المبيع لتعذر الثمن. الشرح الكبير (٥/١٢٩).

على قوله: «قال خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف» متفق عليه، وهذا المذهب. انظر المبدع (٧/١٦٢).

(٤) قوله: «فإن غيبه وصبر على الحبس إلخ» إذا لم يقدر الحاكم على مال يأخذه ولم يقدر على النفقة من مال الغائب فلها الفسخ وهو المذهب، واختار القاضي أنها لا تملك

فلها الفسخ [1] ، إلا عند القاضي فيما إذا لم يثبت إعساره [2] ، ولا يجوز الفسخ في ذلك كله إلا بحكم حاكم[3]، والله أعلم.

=

لأن الفسخ في المعسر لعيب الإعسار ولم يوجد ههنا وهو ظاهر مذهب الشافعي، ولما ما روي عن عمر أنه كتب في رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم أن ينفقوا أو يطلقوا وهذا إجبار على الطلاق عند الامتناع، ولأن الإنفاق عليها من ماله متعذر فكان لها الخيار كحال الإعسار بل هذا أولى فإنه إذا جاء الفسخ على المعذور فعلى غيره أولى. المبدع (٧/١٦٣-١٦٤).

(١) قوله: «وإن غاب إلخ» هذا المذهب لأنها لم تقدر على الوصول إلى نفقتها أشبه ما لو ثبت إعساره. المبدع (٧/١٦٤).

(٢) قوله: «إلا عند القاضي إلخ» وهو ظاهر مذهب الشافعي. الشرح الكبير (٥/١٣١).

(٣) قوله: «ولا يجوز الفسخ إلخ» هذا المذهب فإذا فرق الحاكم بينهما فهو فسخ لا رجعة فيه وبهذا قال الشافعي وابن المنذر وقال مالك هو تطليقة وهو أحق بها إن أيسر في عدتها لأنه تفريق لامتناعه من الواجب عليه أشبه المولى ولنا أنها فرقة لعجزه عن الواجب عليه أشبهت فرقة العنة، وحكى المصنف والشارح وصاحب الفروع وغيرهم في كتاب الصداق: لها أن تفسخ بغير حكم حاكم فيما إذا أعسر بالمهر وتقدم ذلك في آخر كتاب الصداق. انظر الشرح الكبير (٥/١٣٢).

فهرس موضوعات الجزء الثاني